1531.

Jur. opp.

68 h

Dr. W. H. Puchta.

Versuche
über
das Civilrecht
und
dessen Anwendung.

Von
D. Adolph Dieterich Weber
Professor zu Rostock.

Der kleinern Schriften des Verfassers
zweite durchgängig verbesserte
und vermehrte Ausgabe.

Schwerin und Wismar
in der Bödnerschen Buchhandlung
1801.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Inhalt.

I. Bemerkungen und allgemeine Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des Römischen Rechts in Deutschen Gerichten Seite 1.

II. Beiträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventionalpfandrechte

1) Versuch über den wahren Sinn der L. 5. C. de locato conducto — 79.

2) Vom pignore tacito subsidiario oder der stillschweigenden Willenserklärung der Contrahenten bei Verbindung einer allgemeinen und besondern Hypothek, und ob die daher entspringende exceptio excussionis nicht auch dem Schuldner selbst zu Statten komme? — 117.

3) Kurze

3) Kurze Erörterung der Frage: Ob und in wiefern das Pfandrecht sich außer dem Kapital auch auf Zinsen, Kosten und Conventionalstrafe erstrecke, wenn deshalb keine ausdrückliche Verabredung vorhanden ist? Seite. 151.

III. Ueber die rechtlichen Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen. — 321.

IV. Commentatio de usuris indebite solutis, earumque tam repetitione, quam in sortem imputatione; ad Legem XXVI. pr. §. I. et II. D. de condictione indebiti. — 263.

V. Kurze Erörterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bei Verpfändungen das Verbot Legis commissoriae? — 349.

Vor-

Vorerinnerung.

Die Verlagshandlung zeigte mir an, daß sie gewilligt sei, von den in den Jahren 1782. und 1783. zuerst erschienenen kleinern Schriften: — 1) Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Römischen Rechts, 2) Beiträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventionalpfandrecht, 3) commentatio de usuris indebite solutis etc. — die zweite Ausgabe zu veranstalten. Mir gab diese Anzeige die Veranlassung, gedachte Schriften von neuem sorgfältig durchzugehen, und überall, wo ich es nöthig fand, sowol den Ausdruck, als auch die Sache selbst zu berichtigen, und mit manchen Zusätzen zu vermehren. Ich habe mich wenigstens bemühet, die Achtung, die ich für das Publicum hege, zu beweisen, imgleichen die Absicht, der Wissenschaft des Civilrechts und seiner Anwendung nützlich zu werden.

Mir

Mir schien es nicht undienlich jene Schriften in einer Sammlung zu verbinden, und ihnen noch das in Kiel 1784. zur Anzeige meiner Academischen Vorlesungen gedruckte Programm über das Verbot legis commissoriae mit einigen Zusätzen und Verbesserungen beizufügen.

Die Commentatio de usuris indebite solutis handelte Anfangs im ersten Abschnitte de fundamento obligationis ad usuras. Dieser Abschnitt ist bei der gegenwärtigen Ausgabe weggelassen, da die ausführlichere Darstellung der rechtlichen Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen Nr. III., welche ich zweckmäßiger glaubte, ihn überflüssig machte.

Das Ganze ist auch nunmehr durch das beigefügte Register, welches ich dem Fleiße des Herrn Kanzleiadvokaten Christian Wolhard Stein verdanke, brauchbarer geworden.

Ich bitte recht sehr, die am Ende bemerkten wenigen Druckfehler an den angeführten Stellen zu berichtigen.

Rostock, den 25sten Februar 1801.

A. D. Weber Dr.

I.

Bemerkungen und allgemeine Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des Römischen Rechts in Deutschen Gerichten.

Einleitung.

Es war eine Zeit in Deutschland, wo das Römische Recht beinahe allen Rechtsgeschäften ohne Unterschied zur Norm dienen muste. Nichts konnte wahr sein, als was mit irgend einer Stelle aus **Justinians Gesetzbüchern** belegt wurde. Sachen, die der Römer nie kannte, und wovon seine Gesetze lediglich nichts enthielten, wurden so lange gedrehet und gedeutet, bis sie endlich doch ihre Entscheidung daraus hernehmen mußten. Es war nichts ungewöhnliches, die Schriften der Publicisten sowol, als diejenigen des Privatrechts, mit unschicklichen Allegationen Römischer Gesetze überschwemmt zu sehen. — Diese Mode hat sich freilich sehr geändert, und wer heutiges Tages nach der Regel: non desinit quis habere, etsi in eum statum peruenerit, quo non poterat adquirere L. 85. D. de Reg. Iur.

behaupten wollte, daß ein Reichsstand Sitz und Stimme nicht verliere, wenn er gleich seine unmittelbaren Lande zu besitzen aufhörte; — wer die Frage: ob unsre Fürsten den von ihren Unterthanen ergriffenen Kaiserlichen Appellationen immer den freien Lauf lassen müßten? nur aus dem 49sten Buche der Pandekten beurtheilen wollte, der würde sich in der That sehr lächerlich machen. Inzwischen ist die Erfahrung nicht neu, daß der Mensch gewöhnlich von einer Extremität auf die andere zu gerathen pflegt. Statt der übertriebenen Anhänglichkeit unserer Vorfahren an allem, was nur Römisch war, entstand allmälig eine nicht minder übertriebene Abneigung dagegen. Beide Misbräuche haben üble Folgen erzeugt. Jener — die Vernachlässigung des Deutschen Rechts, dieser — die Versäumung eines gründlichen Studiums Römischer Gesetze, wodurch denn die Gleichgültigkeit dagegen noch immer mehr zunahm. Kein Wunder, daß Richter und Advokaten einem Rechte abgeneigt wurden, auf dessen gründliche Kenntniß sie weder gehörige Zeit noch Mühe verwandten. Daher die öftere Sprache von Römischen Grillen, Subtilitäten, und Compendienwissenschaft, welche da immer am häufigsten ertönet, wo die vis inertiae prädominiret, und wahre Rechtskenntniß so ziemlich abgekommen ist.

ist. Es giebt Richter, bei denen das Corpus Juris an sich wenig oder gar nichts vermag, wenn es nicht mittelbar durch einen Carpzov, **Brunnemann**, oder **Mevius**, auf ihren Verstand und Willen wirkt, Richter — bei denen sich höchstens die gangbaren Rechtsartikel durch täglichen Gebrauch in Würden erhalten, die aber, sobald ihnen das Gesetz im geringsten auffallend, oder mit dem Maß ihrer Rechtsbegriffe nicht vereinbarlich scheint, sogleich ihrem Eigendünkel den starken Lauf lassen, und nach Gutdünken entscheiden. Man behaupte immerhin, daß es besser wäre, wenn das fremde Recht nie bei uns ein Ansehen erhalten hätte, und daß es kein Uebel, sondern wahres Wol für Deutsche Bürger sein würde, wenn die gesetzgebende Macht das Römische Recht ganz aus unsern Gerichten vertilgte, und ein einheimisches Gesetzbuch an seine Stelle treten ließe; allein, so lange dieß nur fromme Wünsche sind, und die auswärtigen Rechte in der That noch gesetzliches Ansehen behaupten, so lange ist und bleibt es einestheils widersprechend, anderntheils aber gefährlich, wenn ihre Gültigkeit zu sehr dem schwankenden Ermessen der Richter und Rechtsgelehrten überlassen ist. Bei der Verschiedenheit menschlicher Denkart und Meinungen muß hieraus nothwendig eine Ungewisheit der Rechte entstehen,

oder, da sie ohnehin schon in solchem Grade bei uns vorhanden ist, daß wol gar bloße Rechtsfragen als illiquide zu einer besondern Verhandlung verwiesen werden —, zum größten Schaden des gemeinen Wesens sich äußerst vermehren. Und so halte ich denn doch immer eine bestimmte Norm der Geschäfte, wenn sie gleich nicht die vollkommenste ist, weit besser, als gar keine, mithin auch den Richter, welcher genau nach einmal vorhandenen Gesetzen verfährt, ungleich gerechter und dem Staat nützlicher, als den Billigkeitskrämer, dem nur die Blendlaterne seines unberufenen Gutdünkens vorleuchtet. Schon in diesem Betrachte ist die bestehende Gültigkeit des Römischen Rechts ein wahres Glück für Deutschland, dessen Gesetzgebung selbst für die besondern Rechte des Bürgers so wenig gethan hat. Unsere Reichs- und bei weitem die mehrsten Provinzialgesetze sind in diesem Punkte so äußerst unzulänglich, daß kaum der zehnte Theil der vorkommenden Rechtshändel sich nach einheimischen Rechten entscheiden läßt. Von Systemen des gemeinen Deutschen Privatrechts kann wol nur in sehr uneigentlichem Verstande die Rede sein, da dieses Recht selbst so dürftig ist, bei weitem die wenigsten Rechtsgegenstände, welche doch täglich in Deutschland vorkommen, umfaßt, und da der Lehrvortrag so häufig Statt des einheimischen

Rechts,

Rechts, welches er ankündigt, sich mit Verweisungen auf die fremden Rechte behelfen muß. In wie fern diese Anmaßung, bei dem verhältnißmäßig sehr geringen Vorrathe einheimischer gemeinen Rechte, sich dennoch im Besitz eines aus dieser Quelle geschöpften Rechtssystems zu glauben, zu dem hohen Tone und zu der Verachtung berechtige, womit man sich über die fremden Rechte besonders das Römische dabei hinweg zu setzen pflegt, soll hier nicht weiter gerügt werden. Gewiß ist es, da diese fremden Rechte ein Mal gesetzlich bei uns eingeführt sind, daß der Richter sich nicht mehr Freiheit darüber herausnehmen kann, als er überhaupt bei Gesetzen, deren Diener er ist, gebrauchen darf.

Ich verlange keine Apologie für die durchgängige Güte der Römischen Gesetze zu übernehmen. Käme es darauf an, sie zu führen, so würde das günstige Urtheil, welches die einsichtsvollsten Männer von jeher darüber gefällt haben, keiner weitläuftigen Rechtfertigung bedürfen. Das Römische Recht hat, wie **Pütter** in den Beiträgen zum Deutschen Staats- und Fürstenrechte II. 61. sehr richtig bemerkt, vorzüglich einen wahren innern Werth in Ansehung solcher Fälle, wo es nur darauf ankommt, die wahren Grundsätze des Rechts der Natur in Anwendung auf ganz besondere oft sehr verwickelte

Vorfälle genau und richtig zu bestimmen. Selten läßt sich's da verkennen, daß es große Köpfe eines aufgeklärten Volks waren, von denen die Entscheidungen herrühren, die **Justinian** in sein Gesetzbuch eintragen lassen. Je weniger es anderen gelingen möchte, eben so richtige Entscheidungen durch eigenes Nachdenken heraus zu bringen, je größer ist der Vortheil, ein Buch zu haben, das man nur nachschlagen darf, um vorkommende Fälle so entschieden zu finden, wie es der Natur der Sache gemäß ist, und wie man sich, von der gesetzgebenden Gewalt unterstützt, darauf verlassen kann —. Besonders kann der Theil des Römischen Rechts, den man den Schriften der Rechtsgelehrten zu verdanken hat, als die Vorrathskammer einer ächten auf das menschliche Leben angewandten Philosophie, auf diese Lobsprüche den gerechtesten Anspruch machen. Indeß fehlt es freilich auch diesem Recht nicht an Gesetzen, die selbst für den Römischen Staat vielleicht hätten besser sein können, und noch mehrere sind darin anzutreffen, die wenigstens auf Deutsche Sitten und Gebräuche nicht völlig passen. Allein, wegen einer jeden Abweichung unserer Verfassung, sogleich die ganze Anwendung des Gesetzes verwerfen wollen, ist keine res priuati arbitrii. Es fehlt uns nicht an einheimischen Rechten, wogegen sich oft manches erinnern ließe.

ließe. Mit der Zeit ändert sich der Charakter und die Lebensart einer Nation dergestalt, daß sie der vorigen ganz ungleich wird, und die Deutschen Gesetze, welche noch vor hundert Jahren recht gut sein mochten, sind vielleicht unsern Zeiten nicht mehr so angemessen. Ja! man blättere nur irgend ein neueres Sadtrecht durch, man wird gewiß einen reichhaltigen Vorrath inconsequenter Verordnungen nicht lange suchen dürfen. Soll der Richter diesen geheiligten Denkmälern der Einfalt und des Mangels an allem, was man gesetzgebende Klugheit nennen kann, einen pünktlichen Gehorsam widmen, warum nicht auch den fremden Rechten, welche, nachdem sie einmal recipiret worden, eben so gewiß Gesetze sind, als Willkühre und Landrechte?

Allemal ist und bleibt freilich das Römische Recht ein fremdes, auf Deutschen Grund und Boden verpflanztes Gesetzbuch, worin begreiflich Manches enthalten ist, dem vernünftige Rechtsgelehrte den heutigen Gebrauch versagen müssen, ohne erst durch Landesgesetze dazu besonders angewiesen zu sein; sie werden sich aber, wenn sie anders die Gränzen ihres Berufs nicht verkennen wollen, nie anders, als durch triftige Gründe dazu bestimmen. Der Gedanke, daß es etwa besser sein dürfte, wenn diese oder jene Verordnung wegfiele, das Raisonnement

ex aequitate cerebrina kann unmöglich die Gültigkeit einmal angenommener Gesetze wankend machen. Gegenwärtige Bemerkungen haben daher den Endzweck, vorzüglich angehenden Rechtsgelehrten einen Leitfaden zu liefern, wonach sie theils selbst in vorkommenden Fällen den heutigen Gebrauch eines Römischen Gesetzes richtig bestimmen, theils aber das Urtheil und die Meinungen Anderer prüfen, und bei dem hier so häufigen Streit der Gelehrten die Seite des Rechts und der Wahrheit nicht leicht verfehlen können. Nach dieser Absicht, wobei ich im Ganzen auf das Verdienst der Neuheit gern Verzicht thue, wünsche ich, beurtheilt zu werden.

Vor allen Dingen habe ich mich bemühet, die Fehler etwas näher zu entdecken, welche gewöhnlich eine unschickliche Anwendung oder Nichtbeobachtung des Römischen Rechts zu veranlassen pflegen. Hat man sich nur erst gegen diese Abwege in Sicherheit gesetzt, so wird es leicht sein, nach gewissen allgemeinen Grundsätzen den heutigen Gebrauch der einzelnen Römischen Gesetze zu bestimmen, wiewol die gemeine Theorie, welche uns die Lehrbücher des bürgerlichen Rechts zu diesem Behuf an die Hand geben, bald zu unvollständig, bald aber zu wenig bestimmt ist, als daß man derselben allemal mit Sicherheit nachgehen könnte. Ueberall aber habe

ich

Bayerische Staatsbibliothek München

ich zur Beförderung der Deutlichkeit, und einer anschauenden Erkenntniß, an zutreffenden Beispielen es nicht fehlen lassen, wobei ich mich jedoch der Kürze möglichst beflissen, und überflüssige Allegationen der Rechtsgelehrten sorgfältig vermieden habe, weil es meine Absicht nicht war, oder sein konnte, durch eine vollständige Ausführung solcher einzelnen Materien den Leser und mich von dem Hauptzwecke, zu dessen Erläuterung ihrer nur gedacht ward, zu entfernen.

I.

Es fehlt uns nicht an Regeln, welche das Ansehen des Römischen Rechts in Deutschland überhaupt bestimmen; und ich möchte wol sagen, daß die Gelehrten in diesem Punkte sich größtentheils so ziemlich einig sind, ohne übrigens von der zu allen Zeiten richtig gefundenen Beobachtung, daß nicht leicht eine Wahrheit zu gedenken sei, welche ganz ohne Widerspruch geblieben wäre, nicht leicht ein Irrthum, der nicht irgendwo seine Anhänger und Vertheidiger gefunden hätte, gerade hier eine Ausnahme machen zu wollen. Diejenigen, welche dem Römischen Rechte fast alle Gültigkeit in Deutschland absprechen wollen,

wollen, haben sogar einen Christian Thomasius zum Vorgänger, dessen Abhandlung über die Frage: an legum iuris Iustinianei sit frequens an exiguus usus practicus in foris Germaniae, einem Jeden bekannt ist. Lange zweifelte man nicht mehr daran, daß das Römische Recht per receptionem in Deutschland eingeführt sei. Allein neuerer Zeit sind auch hierüber mancherlei Streitigkeiten geführt worden, die im Grunde auf bloße Logomachien hinauslaufen. Mich hiebei weiter aufzuhalten ist meine Sache nicht. Genug, daß dem Justinianeischen Rechte einmal durch ausdrückliche Reichsgesetze ein legales Ansehen verliehen worden ist. Mehrere Aufmerksamkeit aber verdient es, daß die Juristen, wenn sie auch im Allgemeinen über die Gültigkeit dieses Rechts nicht eben unrichtig urtheilen, dennoch, sobald es auf die Anwendung einzelner Gesetze ankömmt, ganz verschiedene Meinungen, und mancherley Irrthümer unterhalten. Eben der Schriftsteller, welcher zu Anfange seines Lehrbuchs das Römische Recht als ein solches ankündigte, das in complexu recipirt, und dessen verbindliche Kraft in Deutschland gar keinem Zweifel unterworfen sei, kommt uns in der Folge bei jeder Gelegenheit mit dem lieben: sed hodie secus; ohne sich weiter um diejenigen Gründe zu bekümmern, welche man doch billig nach seinen

eigenen

eigenen Prämissen erwarten sollte. Ein anderer hingegen widerspricht ihm, und vertheidigt gerade in diesen Fällen den heutigen Gebrauch, welchen er doch bei andern Gelegenheiten, wo es bei Jenem heißt: haec omnia in viridi sunt observantia, gänzlich ableugnet. Beide aber sind im Allgemeinen über den Grundsatz einverstanden: iuris romani tantam in foris Germaniae esse auctoritatem, ut in eo se fundans semper fundatam haberet intentionem, nec usum illius et observantiam probare deberet. Wollen wir hier der Quelle nachspüren, so lassen sich mehrere Ursachen dieser Unrichtigkeiten angeben, und es wird nicht undienlich sein, solche der Reihe nach etwas näher zu erwägen.

2.

Billig rechnen wir dahin: **Erstens**, wenn die Regeln selbst, wonach Man die heutige Anwendung Römischer Gesetze zu bestimmen pflegt, weder richtig, noch so bestimmt und vollständig sind, um in einzelnen Fällen allemal zum gewissen Leitfaden dienen zu können. **Zweitens**, wenn an sich richtige Regeln unrichtig verstanden, und folglich übel angewandt werden. Gewissermaßen war beides ehedem der Fall, da man noch keinen andern Grundsatz kannte, als daß das Römische Recht überall da anzuwenden sei, wo der, zumal in jenen Zeiten noch ziemlich dürftige Vorrath ein-

einheimischer Gesetze nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnete — eine Regel, welche ganz allein, und als hinreichend für alle Fälle angenommen, von Zeit zu Zeit viele Unrichtigkeiten veranlaßt hat, und zum Theil noch veranlasset. Der Satz — einheimische Rechte gehen den auswärtigen vor — ist ohne allen Zweifel wahr, allein man kann, ohne sich den gröbsten Irrthümern Preiß zu geben, nicht auch umgekehrt behaupten: Alles, was Römischen Rechtens ist, gilt auch bei uns, wofern nicht Deutsche Gesetze das Gegentheil verordnen. Denn mit der Aufnahme des Justinianeischen Rechts ist die ganze Regimentsverfassung und politische Einrichtung der Römer keinesweges zu uns übergegangen, und der Deutsche hat sicher nicht die Absicht gehabt, den ganzen Inbegriff seiner Rechtsgeschäfte nach Römischen Grundsätzen umzuformen. Es versteht sich also wol von selbst, daß Verordnungen, welche auf Grundsätzen beruhen, die man in Deutschland nie anerkannt hat, oder deren Gegenstand bei uns wegfällt, in Deutschen Gerichten gar keine Anwendung leiden. Nichts ist aber an sich unnöthiger, als dergleichen Römischen Gesetzen erst besondere einheimische Rechte entgegen zu stellen, obgleich unsere Vorfahren, von einem irrigen Wahn geleitet, sich nicht anders zu helfen wußten. Bei den Römern fand z. B. aus bloßen

Ver=

Verträgen keine Klage Statt. Dieß gründete sich auf das besondere Formularwesen, welches fast bei allen ihren gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften zur Norm diente. Da aber der Deutsche jenes nie eingeführt hat, so sind natürlicher Weise bei uns die bloßen Verträge, was sie schon nach dem Rechte der gesunden Vernunft sind, vollkommen verbindlich. Sonderbar aber ist es, wenn ein eigner Grund ihrer verbindenden Kraft aus Deutschen Gewohnheitsrechten abgeleitet, und zu dem Ende eine condictio ex moribus angepriesen, oder wol gar zum Canonischen Recht die Zuflucht genommen wird, an Statt, daß man, ohne dergleichen unnütze Behelfe aufbieten zu dürfen, kurz, und gewiß richtiger sagen könnte: die Römischen Gesetze von bloßen Verträgen, ungenannten Contracten, von contractibus stricti iuris, u. d. m. gelten bei uns nicht, weil das wesentliche Fundament derselben, die besondere Römische Verfassung, und die Verbindlichkeit bloßer Formeln bei uns nie angenommen worden ist.

3.

Gleichwie überhaupt die Anwendung der Gesetze auf vorkommende Fälle eine hinreichende Wissenschaft von dem eigentlichen Willen des Gesetzgebers erfordert, so ist auch leicht zu erachten, daß der Mangel

einer

einer gründlichen Kenntniß des R. R. natürlicher Weise einen unzutreffenden Gebrauch desselben nach sich ziehen müsse. Insofern dieß nun auf die eigentliche Bestimmung der heutigen Gültigkeit an sich keinen Einfluß hat, gehört es freilich nicht hieher. Wenn aber Unkunde des Römischen Rechts vollends gar die Folge hat, daß man uns ohne allen Grund bald Gesetze, die es entweder gar nicht, oder doch wenigstens für uns nicht sind, aufdringen, bald aber solche Vorschriften, deren Gültigkeit in der That noch fortdauret, entkräften will, so kann sie uns hier nicht gleichgültig sein. Ich zähle es daher mit Recht unter die Quellen, der in dieser Absicht herrschenden Irrthümer, wenn **Drittens** die Stellen des R. R., über deren heutigen Gebrauch die Frage entsteht, dergestalt mißverstanden werden, daß man dabei den wahren Grund und die eigentliche Absicht des Gesetzes verfehlt. Nach der ziemlich herrschend gewordenen Meinung, daß die Römischen Pönalklagen ad duplum et quadruplum heutiges Tages wegfallen, worüber in der Folge noch etwas zu sagen sein wird, behaupten die mehrsten Juristen, daß die actio rationibus distrahendis gegen einen ungetreuen Vormund nicht mehr auf gedoppelte Wiedererstattung angestellt werden könne. Nach **Böhmers** Urtheil (in tr. de action. Sect. 2. cap. 6. §. 22.)

§. 22.) versteht man aber die Gesetze unrecht, wenn man dieses Rechtsmittel bloß als eine Pönalklage betrachtet. Est enim intuitu pupilli magis rei persecutoria, et *duplo* id quod eius *interesse* poterat continetur L. 1. §. 20. D. de tutel. et rat. distr. Ideo enim leges dupli praestationem constituisse videntur, quo pupillus id, quod interest, probare haud teneatur. Nec absolute eius praxin negauerim, quum longe utilius pupillo sit, *duplum* lege definitum petere, quam interesse probare. Es sei nun, daß **Böhmer** Recht oder Unrecht habe, so sieht man doch offenbar, daß die Bestimmung des heutigen Gebrauchs hier ganz unstreitig von dem wahren Sinn der Römischen Gesetze abhänge. — Ob der Vater heutiges Tages vollkommen verbunden sei, der Tochter einen Brautschatz mitzugeben? ist eine Frage, die gewöhnlich verneinet wird. Denn, daß er nach Römischen Rechten hiezu gehalten ist, dieß, sagt man, gründet sich in der bekannten lege Voconia, wodurch die Töchter von der Succession ausgeschlossen waren; ihnen diente also der Brautschatz anstatt des Pflichttheils. Da aber dieser Grund gegenwärtig wegfällt, und die Töchter mit den Söhnen zur Erbfolge gelangen, so muß auch die erwähnte Verbindlichkeit des Vaters aufhören. Allein diese ist ja noch im neuern

Römischen Rechte (L. 7. C. de dotis promiss.) als fortdaurend anerkannt, und damals galt doch das Voconische Gesetz nicht mehr. — Vorzüglich aber kommt hier noch der Fehler in Betrachtung, wenn man, **Vierrens**, durch vernachlässigtes Studium der zur gründlichen Theorie des R. R. erforderlichen Hülfswissenschaften außer Stand ist, den wahren Gegenstand des Gesetzes genau anzugeben, folglich die Frage: ob derselbe bei uns noch vorhanden sei? nicht richtig beurtheilen kann. Nichts ist wol gewisser, als daß diejenigen Verordnungen, deren Objekt heutiges Tages wegfällt, bei uns keine Anwendung leiden. Daraus folgt aber klar, daß man, um aus diesem Gesichtspunkt über Gebrauch und Nichtgebrauch zutreffend urtheilen zu können, die Beschaffenheit der Römischen Rechtsgeschäfte deutlich kennen, und mit den Gegenständen der Gesetze gerade die Begriffe verbinden müsse, welche der Römer damit zu verknüpfen gewohnt war. Vana est sine antiquitatum cognitione iuris scientiae iactatio. Neque ulla pars iurisprudentiae his fontibus carere potest, schreibt Gottfr. Ludw. **Menken** in seiner Abhandlung: de mero imperio p. 1. Und wenn **Accursius** behauptet, daß die Legitimation unehelicher Kinder per oblationem curiae noch heutiges Tages Statt finde, weil er sich

unter

unter der Curie den Kaiserlichen Hof vorstellet, so kann die Unwissenheit des Glossators hierin zum warnenden Beispiele gereichen. — In der 115ten Novelle ist bekanntlich verordnet, daß der Vater seinen Sohn enterben könne, wenn dieser sich zu den maleficis geselle. Hievon läßt sich der heutige Gebrauch dann erst richtig angeben, wenn wir genau wissen, wer eigentlich unter den maleficis verstanden sei. Nach des **Grotius** Meinung bedeutet der Ausdruck überhaupt einen Uebelthäter. Allein dieser Begriff, welcher bei Enterbung der Kinder viel zu schwankend sein würde, läßt sich eines theils mit der Absicht des Kaisers **Justinian** nicht gut vereinigen, weil er die Exheredation auf möglichst gewisse Gränzen einschränken wollte, anderntheils aber stimmt er mit der Geschichte damaliger Zeiten, und selbst mit andern Gesetzen gar nicht überein. Die richtigste Erklärung giebt uns der Tit. Cod. de maleficis dahin, daß der Kaiser die Magos, incantatores, und veneficos darunter verstanden habe. Von solchen nichtswürdigen Leuten gab es derzeit insgeheim ganze Gesellschaften, welche nach den Berichten des **Plinius** (lib. 30 hist. nat. cap. 1.) die schändlichsten Laster ausübten, auch andern in ihren unerlaubten Künsten Unterricht ertheilten. Dergleichen Verbindungen sollten also, wenn der

Sohn sich NB. als Mitglied zu ihnen hielte, den Vater zur Enterbung berechtigen, woraus aber leicht erhellet, daß von dieser causa exheredationis zu unsern Zeiten wenig oder gar kein Gebrauch zu machen sein dürfte. —

Ich bin sehr geneigt, von dem bekannten priuilegio pecuniae in militiam creditae ein gleiches zu behaupten. Die gewöhnlichen Lehrbücher tragen freilich die Sache so vor, daß die Gesetze überhaupt dem Gläubiger, der zur Erlangung öffentlicher Würden Geld angeliehen, und sich ein Pfandrecht ausbedungen hätte, das Vorzugsrecht einräumten; und sonach dürfte der fortdaurende Gebrauch davon ohne Bedenken Statt finden. Denn auch bei uns giebt es Ehrenstellen und Chargen, wofür derjenige, dem sie ertheilt werden, ein Gewisses erlegen muß, und nicht immer findet sich ein reicher Gönner, der uns bei dieser Gelegenheit auch mit seinem Vermögen unentgeltlich zu unterstützen geneigt wäre. Untersuchen wir aber den Gegenstand der Gesetze etwas näher, so wird uns das Irrige jener Erklärung nicht lange verborgen bleiben, und wir werden in Ansehung des usus hodierni ganz anders zu denken anfangen.

Bei den Römern waren verschiedene Bedienungen — militiae — welche theils erblich waren, theils verkauft werden konnten. Dergleichen Aemter griffen

auch

auch die Gläubiger an, wenn der Schuldner ihnen keine Zahlung leistete, und sie wurden öffentlich sodann feil geboten; (**Westphal** vom Pfandrechte §. 40. p. 96.) Wenn nun Jemand zum Ankauf solcher Bedienungen Geld anlieh, und sich eine Hypothek daran verschreiben ließ, so ging er in Ansehung des *muneris* und des bei künftigem Verkauf daraus aufkommenden Geldes allen übrigen Gläubigern vor. (Nov. 97. c. 4.) Hiebei aber ist zweierlei zu merken: 1) nur von solchen Bedienungen, welche käuflich an andere überlassen werden können, ist dieß zu verstehen. (L. vlt. C. de pignor. verbis: quae vendi, et ad heredes transmitti possunt.) 2) Das **Vorzugsrecht** des Gläubigers erstreckt sich nur bloß auf die Bedienung selbst, nicht aber auf das übrige Vermögen des Schuldners. (Cit. Nov. 97. Cap. 4.) Daher ist es irrig, wenn man das Privilegium einer jeden zur Erlangung eines Amtes geschehenen Anleihe beilegt, und eben so unrichtig, wenn man es über alle Güter des Schuldners verbreitet. Zugleich aber siehet man hieraus, daß heutiges Tages, da die Beschaffenheit der Bedienungen anders ist, erwähntes Vorrecht selten anwendlich werden könne. (**Gmelin Ordnung der Gläubiger** p. 194.) — —

Es ist inzwischen nicht genug, daß wir die Römischen

Gesetze gehörig verstehen; wir werden noch immer einer üblen Anwendung ausgesetzt sein, wenn wir, **Fünftens**, von den in Deutschland vorkommenden Rechtsgeschäften unrichtige Begriffe haben, solche auf Gattungen reduciren, wohin sie gar nicht gehören, und sodann nach dieser Idee über den heutigen Gebrauch ein Urtheil fällen, welches nie richtig sein kann. Das ist der Fall, wenn die Einkindschaft auf die Adoption, die Befreiung von der väterlichen Gewalt per separatam oeconomiam auf eine stillschweigende Emancipation zurückgeführet wird; ohne hier noch mehrere Ungereimtheiten dieser Art anzuführen, deren sich unsere Vorfahren häufig schuldig zu machen pflegten, und wovon wir zum Theil gar nicht, zum Theil aber mehr in der Theorie als in der Anwendung zurückgekommen sind, so daß die aus unrichtigen Begriffen entstandenen Folgen aus einem Lehrbuche ins andere einen ruhigen Uebergang machen. Ich gebe es gern zu, daß nach der Analogie und wegen Gleichheit der Gründe oft auch solche Geschäfte, die nicht gerade die nämlichen bei den Römern waren, dennoch in verschiedenen Stücken nach ihrem Rechte behandelt werden können. Wenn man aber, **Sechstens**, in solchen Fällen, bei Extension oder Restriction einer Römischen Verordnung, die allgemeinen Regeln der Auslegung ver-

vernachlässigt, und sich über die Schranken, worin die Doctrinalinterpretation schlechthin verbleiben muß, hinwegsetzt, so müssen hieraus natürlich große Unrichtigkeiten entstehen. Sind es Gesetze, die an sich schon strenge Erklärung erfordern, ist darin von Entziehung erworbener Rechte, von Strafen und andern odiosis die Rede, so ist die Ausdehnung derselben der Regel nach nicht erlaubt. Dennoch aber wird es die Folge durch mehrere Beispiele ergeben, daß hiegegen nichtselten gesündigt wird.

4.

Nachdem wir die verschiedenen Abwege, welche einer unschicklichen Anwendung des R. R. zuführen, vorläufig bemerkt haben, so kommt es nunmehr darauf an, daß wir uns den wahren und richtigen Weg, den man hier zu betreten hat, etwas bekannter und geläufiger machen. Das Römische Recht ist in Deutschland angenommen, und gilt bei uns, als ein gemeines subsidiarisches Recht. Dieß bedarf freilich hier keines weitern Beweises. Will man aber zur richtigen Bestimmung der Frage: in wie fern dieses Recht in Deutschland anwendlich sei? gewisse Regeln vestsetzen, so hat man dabei auf folgende Stücke vorzüglich sein Augenmerk zu richten.

1) Die Theorie vom Gebrauch des Römischen Rechts muß bestimmen: *a*) die Gesetzliche Anwendbarkeit desselben überhaupt und in Deutschen Gerichten besonders; *b*) das Verhältniß seiner Theile gegen einander, *c*) das Verhältniß desselben zu den übrigen in Deutschland geltenden Rechten. 2) Die Gründe dieser Theorie sind herzunehmen aus dem Begriffe, und der Natur 1) der Gesetze und positiven Rechte überhaupt, 2) der gemeinen subsidiarischen Rechte im Allgemeinen, und besonders 3) der zu diesem Zweck aufgenommenen fremden Rechte. 3) Die Regeln, welche diese Theorie bilden, müssen 1) so vollständig sein, daß man ihnen nicht nur im Allgemeinen, sondern auch vorzüglich in einzelnen Fällen mit Sicherheit folgen könne. Sie müssen **zusammengenommen** das ganze Römische Gesetzbuch nach allen seinen innern Bestandtheilen umfassen, nicht aber in dieser oder jener einzelnen Rücksicht nur brauchbar sein. 2) Man hat ihnen die möglichste Deutlichkeit und Bestimmtheit zu geben, überdem aber durch zweckmäßige Erläuterung aller übeln Anwendung vorzubeugen.

5.

Richtiger und bestimmter als in vielen andern Lehrbüchern ist unstreitig die Theorie vom heutigen

Ge-

Gebrauch des R. R., welche **Schott** in seiner Encyclopädie §. 109. nach folgenden Regeln vorträgt. 1) Diejenigen Verordnungen des Römischen Rechts welche sich auf bloß Römische, in Deutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen, leiden eigentlich gar keine Anwendung. 2) Diejenigen, welche solche Gegenstände haben, die in Deutschland eben sowol, als bei den Römern angetroffen werden, sind zwar anzuwenden, jedoch nicht eher, als in Ermangelung einheimischer Rechte. 3) Auf solche Gegenstände und Geschäfte, welche den Römern gar nicht bekannt gewesen sind, sondern bloß aus Deutschen Sitten und Verfassungen, oder andern Quellen ihren Ursprung haben, läßt sich das Römische Recht ebenfalls nicht anwenden, obgleich eine eingebildete Aehnlichkeit dergleichen unschickliche Anwendung leicht veranlassen kann, und oft veranlaßt hat.

Daß man nun nach diesen Grundregeln den heutigen Gebrauch der eigentlichen positiven Gesetze, welche in den bei uns recipirten Theilen des R. R. befindlich sind, sehr wohl abmessen könne, bin ich so wenig in Abrede, daß ich sie vielmehr selbst in der Folge dabei zum Grunde legen werde. Da aber das Römische Recht, in seinem ganzen Umfange betrachtet, noch außerdem Manches enthält, was zu jenen Arten der Gesetze nicht gehört, so halte ich

es, wenigstens für angehende Rechtsbeflissene, nicht undienlich, wenn man sich auch darüber mit ihnen etwas näher unterhält. Ja! ich finde dieses desto nöthiger, da die Erfahrung lehrt, daß solche Stellen des R. R., die entweder gar nicht die Eigenschaft der Gesetze haben, oder doch wenigstens zum positiven Rechte nicht gehören, dennoch als Römische Verordnungen im eigentlichen Verstande behandelt werden. Irrthümer, wovon die Werke der Alten voll, und zum Theil auch die neuesten Schriften nicht ganz befreiet sind. Ich habe daher den Versuch gemacht, eine vollständige Theorie in folgenden Grundsätzen zu liefern, und durch die beigefügte Erläuterung nicht nur die Richtigkeit und den wahren Sinn derselben außer Zweifel zu setzen, sondern auch die aus ihrer Vernachlässigung und unschicklichen Anwendung entstandenen Irrthümer und Fehler kennbar zu machen.

6.

Erste Regel.

Wenn über den heutigen Gebrauch einer Stelle im R. R. die Frage entstehet, so kömmt es vor allen Dingen darauf an, ob diese Stelle ein wirkliches Gesetz enthalte oder nicht? Ist das letztere, so verbinder

sie

sie uns an sich gar nicht. Es stehet uns nicht allein frei, nach unserer Ueberzeugung davon abzugehen, sondern wir sind auch schuldig, wenn die Wahrheit es erfordert, ein anderes zu lehren oder zu behaupten.

Man pflegt zwar alle einzelnen Stellen im Codex und den Pandekten leges zu nennen, auch alles, was die Novellen und Institutionen enthalten, dahin zu rechnen; allein wem ist es unbekannt, daß unser Corpus Juris nicht wenig in sich faßt, welches den Nahmen eines eigentlichen Gesetzes gar nicht verdient. Man hat aber, um dieses zu bestimmen, lediglich auf den Inhalt der Stelle selbst sein Augenmerk zu richten. Denn auch das ist freilich nicht zu leugnen, daß wir im R. R. vieles antreffen, was seiner ursprünglichen Beschaffenheit nach in die Zahl der Gesetze zwar nicht gehört, wol aber durch die Aufnahme in das Gesetzbuch ein legales Ansehen überkommen hat. Die von einem Landesherrn in einzelnen Angelegenheiten ergangenen Rescripte und Decrete, sind der Regel nach in andern Fällen und für die Zukunft nicht allgemein verbindend, noch weniger kann man den Privatmeinungen der Rechtsgelehrten an sich eine gesetzliche Kraft beilegen. Aus jenen bestehet gleichwol der Codex größtentheils, und aus diesen die Pandekten durchgängig. Da

aber

aber beide Sammlungen als wirkliche Gesetzbücher bestätigt sind, so geht **Thomasius** unstreitig zu weit, wenn er dessen ungeachtet auch jetzt noch den Bestandtheilen des Codex und der Pandekten die Eigenschaft wahrer Gesetze bestreiten will. Quodsi, schreibt er in der obenangeführten Disputation §. 10, ulterius pro sententia, quod eiusmodi responsa iureconsultorum legum vim obtineant, urgere velis, quod Iustinianus Imperator omnia, quae a compilatoribus pandectarum in eas relata sunt, sua fecerit et constitutionum imperialium vicem obtinere voluerit; quasi ab ipso promulgatae essent; nihil tamen amplius obtinebis, quam ut responsa illa vim obtineant rerum ab imperatoribus ipsis iudicatarum. Ergo videamus, an etiam res ab imperatoribus iudicatae, quarum exempla plurima extant in codice, leges verae sint? Non arbitror. Lex enim est regula uniuersalis, et res iudicata adplicatio tantum legis generalis ad casum specialem. Variante vero vel minima circumstantia uti ius ipsum variat, ita necesse est, ut tum alia quoque fiat iuris adplicatio. **Thomasius** ist hier sicher in dem Fall, welcher oft auch den größten Genies zu begegnen pflegt. Labuntur aliquando, et oneri cedunt, et indulgent ingeniorum suorum voluptati, nec semper intendunt animum, quum Ciceroni

inter-

interdum dormitare Demosthenes, Horatio vero Homerus ipse videatur. Quinctil. Orator. X. I. Bei alle dem aber haben wir das Römische Gesetzbuch aus einem zwiefachen Gesichtspunkte zu betrachten. Es ist Einmal ein Gesetzbuch, — und weder die Institutionen und Pandekten, noch die übrigen Theile desselben sind im Ganzen hievon ausgeschlossen. Es enthält aber auch zweitens ein System der ganzen Jurisprudenz — so wie sie zu den Zeiten des Kaisers Justinian ausgebildet war, bestehend aus Worterklärungen, Definitionen, Eintheilungen, allgemeinen Grundsätzen, Cautelen, u. s. w. Kurz, ein zum wissenschaftlichen Unterrichte nach damaliger Zeit geformtes Lehrgebäude, welches sich bald über die Geschichte und den wirklichen Inhalt der positiven Gesetze, bald über die Vorschriften des Naturrechts verbreitet. Da es sich nun von selbst versteht, daß der Wille eines Gesetzgebers bloß den äußern freien Handlungen der Menschen eine Richtschnur ertheilen kann, daß unser Verstand und Ueberzeugung hingegen seiner Disposition nicht unterworfen sind, so ist es klar, daß wir 1) an die im Römischen Recht häufig vorkommenden dogmatischen Sätze gar nicht gebunden sind. Ich würde dieß nicht einmal besonders angemerkt haben, wenn ich nicht hin und wieder Mißbräuche wahrgenommen

hätte,

hätte, welche allerdings verdienen gerügt zu werden. Daß in den finstern Zeiten der Glossatoren das Römische Recht auch in solchen Dingen, worüber kein Gesetzgeber befehlen kann, blindlings befolget ward, darf uns freilich nicht befremden. Die Juristen jener Epoche wußten von der Philosophie gar nichts, sie waren überhaupt in der Gelehrsamkeit hinter denjenigen, aus deren Schriften ein Theil des Römischen Rechts compilirt ist, unendlich zurück. Kein Wunder also, daß sie dieses Recht als die vollendetste Weisheit, als einen Inbegriff von lauter Orakelsprüchen achteten. Allein zu unsern Zeiten, wo doch der Reformationsgeist dergestalt um sich greift, daß man überall den Lehren unserer Vorfahren quaestionem status macht, sollte man es kaum möglich denken, daß noch immer verschiedne Rechtsmaterien gerade so behandelt werden, als ob die Juristen ihre ganze Vernunft unter dem Gehorsam des Römischen Systems gefangen genommen hätten. Ich will, um dieses doch wenigstens durch ein merkwürdiges Beispiel zu erläutern, nur die Lehre vom Erwerb des Eigenthums ausheben. Insofern die bürgerlichen Gesetze hier befehlsweise vestsetzen, daß ein bloßer Vertrag das Eigenthum nicht übertrage, sondern die Uebergabe erst hinzu kommen müsse, insofern sie bestimmen, wie es in dem Fall

einer

einer Specification, einer Alluvion ꝛc. gehalten werd:n solle, insofern verbinden sie unstreitig. Wenn uns aber der Kaiser auch darin unterrichten will, was in dieser Lehre natürlichen Rechtens sei, und wir finden seine Theorie nicht gegründet, wenn er uns verschiedne modos adquirendi *naturales* herrechnet, die doch nur dem bürgerlichen Rechte zuzuschreiben sind, sollten wir wol verbunden sein, dieß irrige Lehrgebäude beizubehalten? Dennoch aber wird die Eintheilung der verschiedenen Erwerbarten noch fast immer genau nach Römischem Leisten gebildet, die occupatio bellica zu den adquisitionibus rei *nullius* gerechnet, und endlich gar die Accession mit ihren verschiedenen Unterarten so abgehandelt, als wenn dadurch auch die Sache **eines andern** selbst nach natürlichen Rechten die unsrige würde. Ich habe nichts dawider, wenn alles dieses, um uns das corpus iuris verständlich zu machen, bloß als eine Theorie der Römischen Juristen vom Naturrechte vorgetragen, zugleich aber das Fehlerhafte derselben gezeigt würde. Nach der gesunden Vernunft ist kein Grund abzusehen, warum nicht die Willenserklärung des bisherigen domini zur Uebertragung des Eigenthums an einen andern allein schon genügen sollte. Daß hiezu noch besonders die Uebergabe nöthig sei, ist bloß durch bürgerliche Gesetze bestimmt, und

folglich

folglich jene an sich betrachtet, ein wahrer modus adquirendi civilis. Es ist freilich hier der Ort nicht, alles dieses vollständig auszuführen, sonst würde man auch in Ansehung der sogenannten Accession das Nämliche darthun können. Inzwischen verweise ich die Leser auf den **Hugo Grotius** Lib. 2. de I. B. & P. Cap. 8., dessen Gründe einen Jeden sehr bald überführen werden, daß der Codex sanae rationis in dieser Materie bei weitem dasjenige nicht enthalte, was **Ulpian** und Consorten ihm hin und wieder angedichtet haben. Den Einwurf, daß die Lehrbücher der bürgerlichen Jurisprudenz sich mit dem natürlichen Rechte nicht zu beschäftigen hätten, darf ich wol nicht befürchten. Denn ich verlange auch nur, daß man aus ungeprüfter Anhänglichkeit an das R. R. kein falsches Vernunftrecht als wahr aufnehmen solle. Hievon können sich auch diejenigen nicht dispensiren, welche sonst ihren Vortrag allein nur auf die ungemischte Römische Jurisprudenz einschränken. Denn im Ganzen kann mit dieser Lehrart doch immer eine kurze Rüge der Römischen Irrthümer gar wol bestehen. Wenn aber vollends in solchen Lehrbüchern und Systemen, welche eine unsern heutigen Zeiten angemessene Rechtsgelahrtheit — iurisprudentiam forensem — zum Vorwurf haben, das Römische Recht da, wo Wahrheit ihm beitritt nicht wenig

verun-

verunstaltet, hingegen den Irrthümern desselben mit aller Gemächlichkeit nachgeleiert wird, so ist das in der That unverantwortlich.

7.

Ob uns gleich die im Justinianeischen Recht vorkommenden Lehrsätze und Begriffe als Gesetze nicht verbinden: so müssen wir dieselben doch, wenn sie sonst richtig sind, mit ihren wesentlichen Folgen als wahr und gegründet anerkennen. Es trifft sich freilich oft, daß bei uns die Benennung einer Sache ausgedehnter oder eingeschränkter genommen wird; allein, darum sogleich den Römischen Begriff gerade zu, und an sich unrichtig nennen, würde eben so sonderbar sein, als die hieraus entstehenden Urtheile über Gebrauch und Nichtgebrauch des R. R. nicht selten äußerst wunderlich sind. Ob zum Beispiele heutiges Tages die seruitus realis in faciendo bestehen könne? ist eine streitige Frage, wobei viel Misverstand und Irrthum obwaltet. Ist der Begriff, welcher im Römischen Rechte von den Servituten zum Grunde liegt, richtig, und soll die Substanz des fremden Prädiums eigentlich selbst einem andern zum Nutzen gereichen, so bleibt es in alle Ewigkeit unmöglich, dergleichen in faciendo zu gedenken. Will man aber solche Dinge, z. B. die sogenannten Zwangmühlen,

worüber selbst der Hefen des Römischen plebis würde gelacht haben, wenn sie Jemand zu den Servituten gezählet hätte, dennoch mit diesem Nahmen bezeichnen, so sind und bleiben doch diese iura im wesentlichen von dem obigen Begriff einer Servitut ganz verschieden, und können folglich höchstens nur als aequiuoca, nicht aber als Unterarten davon betrachtet werden, weil durch sie nicht sowol das fremde Gut selbst genutzt, als vielmehr eine persönliche Leistung, wofür freilich der fundus haftet, genossen wird. Der Satz: Servitus in faciendo consistere nequit, bleibt daher, so wie ihn das R. R. aufstellt, noch heutiges Tages, von ungezweifelter Richtigkeit, und diejenigen, welche bisher geglaubt haben, nach Deutschen Rechten das Gegentheil zu lehren, haben mit aller ihrer Mühe nichts weiter erwiesen, als daß es onera giebt, die in faciendo bestehen, und von den Germanisten auch Seruitutes genannt werden, im Grunde aber mit den letztern gar nichts gemein haben, Insofern sie also dem Römischen Grundsatze selbst dadurch Ausnahmen und Abänderungen aufbürden wollen, vermischen sie offenbar bloße aequiuoca mit wirklichen speciebus.

8.

Um im R. R. das Gesetzliche von dem Nicht-
gesetzlichen zu unterscheiden: hat man 2) besonders in den Pandekten darauf zu sehen, daß die verba relatiua mit den dispositiuis nicht vermenget werden. Die Rechtsgelehrten, aus deren Schriften der erwähnte Theil der Justinianeischen Gesetzsammlung bestehet, pflegten neben ihrer eigenen Meinung über diese oder jene Rechtsfrage nicht selten das Gutachten anderer Juristen, welche etwa das Gegentheil behaupteten, anzuführen. Daß nun in solcher Verschiedenheit der Ausspruch Desjenigen den Vorzug verdiene, dessen Nahmen die Ueberschrift des Gesetzes bezeichnet, leidet gar keinen Zweifel; denn seine Meinung ist es, welche durch Aufnahme in die Pandekten gesetzliches Ansehen erlangt hat; wogegen das Urtheil des andern Juristen, als eine bloße Lehrmeinung, sich nicht behaupten kann. Bisweilen ist es aber mit Schwierigkeiten verknüpft, beide gehörig von einander zu unterscheiden, woraus gar leicht Irrthümer entstehen können, auch hin und wieder entstanden sind. Verschiedene Rechtsgelehrte behaupten, daß ein Substitut nicht zur Erbschaft gelange, wenn der eingesetzte und minderjährige Erbe solche angetreten, sich aber nachher dagegen in den vorigen Stand hat wieder einsetzen lassen. Sie

berufen sich vorzüglich auf L. 7. §. 10. D. de minoribus; woraus man folgende Worte zu nehmen pflegt: Si autem prius minor adiit hereditatem, mox abstentus sit, substitutum pupillo seruum cum libertate non posse heredem existere, neque liberum esse. Hätte man aber erwogen, daß Ulpian in diesen Worten nur die Meinung des Papinians vorträgt, die er am Ende des Gesetzes misbilligt, so würde man diese Stelle wol nicht für sich anführen. Er sagt ausdrücklich: Non per omnia verum est. Nam si non est soluendo hereditas abstinente se herede, et D. Pius rescripsit, et imperator noster et quidem in extraneo pupillo locum fore necessario substituto. — Der bekannte Streit über die Wirkung des sogenannten pacti de non praestanda euictione kann dieses ebenfalls durch sein Beispiel erläutern. Nicht wenige Juristen sind der Meinung, daß der Verkäufer, dieses pacti ungeachtet, nachdem die Sache evincirt worden, das Kaufgeld wieder herausgeben müsse; nur das übrige interesse dürfe er dem Käufer nicht prästiren. Andere hingegen wollen ihn, wenn er nur nicht betrieglich zu Werke gegangen sein sollte, auch von Wiedererstattung des Kaufgeldes durch erwähnten Vertrag befreiet wissen. Beide berufen sich auf L. 11. §. 18. D. de act. E. V.

Dieses

Dieses Gesetz aber ward ehedem von den Auslegern sehr unrichtig interpretirt. Ulpian, aus dessen libris ad edictum es genommen ist, stellet hier über verschiedene Lehren des Julians eine nähere Prüfung an. Endlich kömmt er auf die Frage: was sodann Rechtens sei, wenn der Kaufcontract unter andern enthielte: Nihil euictionis nomine praestatum iri? — „Julian, sagt er, hält dafür, daß der „Verkäufer dennoch nach erfolgter Eviction das „Kaufgeld, nicht aber das übrige Interesse erstatten „müsse —“ Er selbst aber widerspricht dieser Meinung bald darauf, und erklärt den Verkäufer nur in dem Fall, wenn er in dolo gewesen, zur Herausgabe des empfangenen Werths verpflichtet. Inzwischen ist die Fassung der Worte in diesem Gesetze so beschaffen, daß man beim ersten Anblicke die Meinung beider Juristen gar leicht confundiren kann. Und wirklich ward auch die Julianische Lehre als gesetzliche Vorschrift angesehen, bis der berühmte **Just Henning Böhmer** in seinen bekannten vindiciis pacti de euictione non praestanda den bisherigen Irrthum der juristischen Welt vor Augen legte.

9.

Die aus den Novellen hergenommenen Authentiken können, da sie nicht unter öffentlicher Autorität in

das Corpus Juris übergegangen, sondern aus eignem Antrieb der Privatgelehrten dem Codex mit eingerückt sind, auf ein legales Ansehen gar nicht Anspruch machen. Der gewöhnliche Vortrag, daß sie den Gesetzen des Codex derogirten, wenn sie mit den Novellen übereinstimmten, mag wol recht gut gemeint sein. Jedoch accurat ist er nicht. Besser sagt man unstreitig: die Authentiken sind keine Gesetze, und heben also an sich keine Verordnung im Codex auf. Denn entweder sie harmoniren mit der Novelle, worauf sie sich berufen, oder nicht. Im letztern Fall versteht sich die Ungültigkeit derselben ohnehin schon. Im ersten Fall aber leidet die Verordnung des Codex zwar eine Abänderung, allein nicht durch die Authentik, sondern durch die Novelle selbst, welche als ein neueres Gesetz unstreitig vorgehet. Die gewöhnliche Sprache verhält sich gerade so, als wenn Jemand sagen wollte, die Lehren des Mevius, Carpzov, Leyser ꝛc. derogiren dem gemeinen Rechte, wenn sie mit den Provinzialgesetzen, worauf sie sich beziehen, übereinstimmen.

10.

Zweite Regel.

Enthält die Stelle ein wirkliches Gesetz, so hat man wol zu prüfen: ob solches nicht schon natürlichen Rechtens sei? Ist dieses, so versteht es sich ohnehin schon von selbst, daß es auch bei uns zur Anwendung kommen müsse; nicht etwa darum, weil der Römische Gesetzgeber es verordnet hat, sondern weil es die gesunde Vernunft schon befiehlt, deren Vorschriften alle Menschen zu beobachten schuldig sind.

Quae legislator civilis ex iure naturae in lege sua repetit, promiscue quoque legis civilis nomen adsumunt propter publicam sanctionem; sed propterea vim suam et potestatem propriam non deponunt, vnde non ex mera voluntate legislatoris probabili, vti leges civiles stricte dictae, sed ex propria naturali ratione interpretationem, et quidem per demonstrationem accipiunt. I. H. Boehmer introd. in ius publicum vniuersale. Hal. 1710. p. 422. Ueberhaupt wird der nachdenkende Leser diese Anmerkung eines unserer größten Rechtsgelehrten bei Erklärung und Auslegung der Gesetze sehr nützlich finden. Sie kann uns aber auch nicht

weniger in Bestimmung des heutigen Gebrauchs verschiedener Stellen des R. R. zur Norm dienen. Mancher Streit über den guten usus hodiernus würde entweder nie entstanden, oder doch sofort gehoben sein, wenn man dasjenige, was schon natürlichen Rechtens ist, von eigentlichen Positivgesetzen gehörig zu unterscheiden, sich mehr hätte angelegen sein lassen. Denn eine Vorschrift, die in jene Klasse gehört, würde uns doch immer verbinden, wenn sie auch weder im Römischen Rechte, noch in irgend einem andern Gesetzbuche wiederholt wäre. Dadurch aber, daß diese Wiederholung geschehen ist, verliert das Naturrecht seine innere, und eigenthümlich verbindende Kraft gar nicht. Daß z. B. der Käufer verbunden sei, das Kaufgeld zur bestimmten Zeit abzutragen, daß der Depositar die ihm anvertraueten Güther wieder abliefern, der Verwalter eines fremden Vermögens Rechnung ablegen, der Schuldner das empfangene Darlehn bezahlen müsse, alles dieses sind Verbindlichkeiten, deren Grund wol Niemand aus Römischen Rechten herleiten wird. Es ist daher der Wahrheit mehr nachtheilig, als vortheilhaft, wenn Joachim Hopp und andere seines Gleichen hier und in ähnlichen Fällen mit dem trostreichen: haec omnia in viridi observantia sunt, zu erscheinen pflegen. Denn ein

Mal

Mal bedürfen diese Grundsätze des natürlichen Rechts einer solchen Bedeckung gar nicht. Zweitens aber wird der nicht genug zu vermeidende Irrthum, daß nemlich alle Rechte und Verbindlichkeiten bloß aus positiven Gesetzen hergeleitet werden müssen, dadurch unvermerkt ausgebreitet, und Anfängern die Sache in dem falschen Lichte vorgetragen, als ob jene Vorschriften uns darum nur verbänden, weil sie in dem bei uns recipirten R. R. enthalten wären. Vorzüglich aber ist die gegenwärtige Regel in folgender Rücksicht wohl zu merken.

II.

Es giebt verschiedene Theile und Materien des Römischen Rechts, von denen es nun ein Mal ausgemacht ist, daß sie in Deutschland gar nicht gelten. Auch diese enthalten nebenher nicht wenig aus dem natürlichen Rechte. Wird nun hier das letztere nicht gehörig von den willkührlichen Vorschriften abgesondert, so kann man leicht in Versuchung gerathen, die Anwendlichkeit desselben entweder gar zu bezweifeln, oder doch wenigstens aus falschen und überflüssigen Gründen herzuleiten. Ob wir gleich heutiges Tages keine ungenannte Verträge mehr haben, und folglich die condictio causa data causa non secuta aus diesem Gesichtspunkte betrachtet,

wegfällt, so müssen wir doch im übrigen die Grundsätze des natürlichen Zwangrechts, welche bei dieser Gelegenheit in den Pandekten vorgetragen werden, noch jetzt als vollkommen verbindlich anerkennen. Wenn daher Derjenige, dem zu einem gewissen Zweck etwas gegeben ward, gleich von Anfang außer Stande war, solchen zu bewirken, wenn er mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit die Erfüllung unmöglich, oder durch seine Zögerung dem andern Theile ganz unnütz machte, und das Römische Recht auch in diesen Fällen die erwähnte Condiction erlaubt, L. 7. §. 1. L. 12. 13. 14. D. *de cond. causa data, causa non secuta*, so würde es auf der einen Seite eben so thöricht sein, wenn man sie bei uns nicht zulassen, als auf der andern Seite, wenn man, um diese Meinung zu widerlegen, den vsum iuris romani qua talis in Ansehung der gedachten Stellen besonders herbei rufen wollte. Denn nicht gerade nur darum, weil **Julianus**, **Marcian** und **Paullus** so gelehret, sondern weil es die Gesetze der Vernunft von jeher mit sich gebracht haben, findet hier die Zurückforderung des Gegebenen Statt. Nach eben diesen Grundsätzen hat **Stryk** den heutigen Gebrauch des Titels de aedilitio edicto bestimmt. Haec quaestio, schreibt er, melius resolui nequit, quam si ad fundamentum respiciamus, cui aediles edicta sua

super-

superſtruxerunt. Si enim hoc ex aequitate naturali desumtum eſt, effectus edicti *perpetuus erit;* non propterea, quia aediles ita edixerunt, ſed quoniam edicta aedilium ex arte aequi et boni originem traxerunt; *bonum enim, et aequum cancellis reipublicae romanae non includitur, sed vbique idem eſt.* Lib. XXI. Usus Moderni Tit. 1. §. 2.

12.

Beiläufig iſt hieraus zu erſehen, wie nothwendig und unentbehrlich einem jeden Juriſten das Studium des natürlichen Rechtes ſei, weil wir ſolches 1) da, wo die bürgerlichen Geſetze keine beſondere Richtſchnur anweiſen, als die wahre Quelle der Entſcheidung vorkommender Streitigkeiten betrachten müſſen, und 2) eine gründliche Kenntniß deſſelben uns erſt in den Stand ſetzt, die Gränzen der natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten ſowol unter ſich, als auch beſonders mit denen, welche durch willkürliche Verordnungen eingeführt ſind, nicht zu vermengen. Nur zu oft war die Vernachläſſigung dieſes wichtigen und erſten Theils der Jurisprudenz daran Schuld, daß unvollkommene Pflichten als vollkommen, dieſe aber als jene behandelt, und manche in der That willkürliche Anordnungen den Geſetzen der Vernunft beigezählet wurden. Wenn wir uns von dem

Grund-

Grundsatze trennen: determinationes iuri naturali superadditae sunt proprie leges civiles; I. H. Boehmer c. l. p. 423. so ist der Uebergang zu dergleichen Verwirrung so gut als gemacht. Ich setze daher, wie man leicht erachten kan, in meiner zweiten Regel solche Vorschriften voraus, welche ganz **unleugbar** in der gesunden Vernunft, und dem natürlichen Zwangrechte begründet sind. Wenn aber das R. R. hin und wieder iura imperfecta zu vollkommenen Ansprüchen erhebt, — die Personen, welche zu diesem oder jenem Geschäfte gelassen werden sollen, weiter bestimmt, — die Art und Weise, wie eine rechtliche Handlung einzurichten, vorschreibt, — die Beobachtung der natürlichen Gesetze bald durch angedrohete Strafen, bald durch Versicherung gewisser Vortheile verstärket, — so gehört alles dieses im eigentlichen Verstande zum positiven, nicht aber zum Naturrechte. Der heutige Gebrauch solcher Stellen ist daher nach denjenigen Regeln, welche die Römischen Civilgesetze überhaupt zum Vorwurfe haben, ebenfalls zu bestimmen. Wir werden solche sogleich näher kennen lernen.

13.

Dritte Regel.

In Ansehung der eigentlichen positiven Gesetze kömmt es lediglich auf die Reception an. Man hat also vor allen Dingen darauf zu sehen: ob die Verordnung, von deren heutigem Gebrauch die Rede ist, zu den in Deutschland recipirten Theilen des R. R. gehöre, oder nicht. Im letzten Fall hat sie in Deutschen Gerichten keine gesetzliche Kraft, und verbindet uns daher gar nicht.

Zu dem Römischen Rechte in der weitläuftigsten Bedeutung gehören alle und jede Gesetze, welche in dem Römischen Staat von dessen Gründung an, bis auf den Untergang des Griechischen Kaiserthums gegolten haben. Eigentlich aber wird darunter das Justinianeische Recht verstanden, oder der Inbegriff der zur Zeit des Kaisers Justinian in dem Römisch-griechischen Kaiserthum gültig gewesenen Rechte. Nicht nur in jenem, sondern auch diesem Betrachte enthält es verschiedne Theile, welche nie in Deutschland als Gesetze aufgenommen worden sind. Man rechnet dahin A) nach obigem generellen Begriff einestheils die vor Justinian gegoltenen Rechte,

insofern sie dieser Kaiser nicht in seine Gesetzsammlung aufgenommen hat, mithin 1) die Ueberbleibsel der sogenannten zwölf Tafelgesetze, 2) die Fragmente der alten Juristen, welche in die Pandekten nicht übergegangen sind, 3) was von dem Edicto perpetuo, imgleichen 4) von dem Gregorianischen und Hermogenianischen Codex auf unsere Zeiten gekommen ist, 5) den Theodosianischen Codex; — anderntheils aber das Postjustinianeische Recht, nahmentlich 6) die Novellen des Kaisers Justinus II, 7) die Constitutionen des Tiberius, 8) die Basiliken, wie auch 9) die Novellen des K. Leo. B) Nach der engern Bedeutung des R. R. insonderheit aber alle diejenigen Verordnungen, welche an sich zwar größtentheils zum Justinianeischen Recht füglich gerechnet werden können, allein bei dessen Reception in Deutschland in corpore iuris, so wie es derzeit mit Glossen versehen war, nicht angetroffen, sondern nachhin erst durch kritische Bemühungen ergänzt worden sind. Dahin gehören 10) die sogenannten 13 Edicte des K. Justinian., 11) verschiedene Novellen desselben, 12) die in den Pandekten sowol als im Codex vom Cujaz und andern Gelehrten hergestellten Gesetzstellen.

14. Die

14.

Die bekannte Regel: quicquid glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia, hat einen Grund von ungezweifelter Richtigkeit. Nicht weil die Anmerkungen des Accursius und seiner Vorgänger eine gesetzliche Kraft hätten, oder weil die Glossatoren es bestimmen könnten, welche Gesetze gelten sollten, und welche nicht — sondern weil die Glosse uns zum Wegweiser dient, wodurch wir erfahren können, welche Verordnungen das Römische Recht zu den Zeiten, als es in Deutschland aufgenommen worden, in sich gefaßt habe. Natürlicher Weise beschränkt sich hierauf die Reception, und mit derselben die verbindende Kraft der Römischen Gesetze. Man kann hieraus leicht abnehmen, daß das Corpus iuris glossatum noch immer für einen Rechtsgelehrten von großem Nutzen sei. Ist gleich nicht viele Weisheit aus den Glossen zu schöpfen, so ist doch eines Theils die Erfahrung, welche **Brunnquell** gemacht haben will, nicht ganz ohne Grund: Saepius etiam consummatissimi iureconsulti, ubi aqua ipsis haeret, et omnes commentatores recentiores ignorantiam suam fatentur, ad glossam, velut sacram quandam anchoram confugiunt, et e divinationibus ac conjecturis Accursii occasionem genuini indagandi sensus quaerunt. Hist. iur. P. III. M. II. C. V. §. 9. p. 360;

p. 360; anderntheils aber haben wir doch daran immer den sichersten Leitfaden um die recipirten, und nicht recipirten Gesetze unterscheiden zu können. Daß die wenigsten Richter und Advocaten sich zu diesem Zweck desselben bedienen, ist leider wahr; daß aber darum auch oft Gesetze angeführt werden, die eigentlich bei uns gar nicht gelten, lehrt die Erfahrung gleichfalls. Ein merkwürdiges Beispiel hievon liefern uns die electa iuris publici. T. IV. m. I. p. 23., woraus erhellet, daß sogar beim Reichs-Kammergerichte zu Wetzlar ein mandatum ad videndum se incidisse in poenam L. 4. C. de in ius vocando nachgesucht, und obgleich dieses Gesetz zu den nicht glossirten gehört, dennoch in der That erkannt sei. — Die Frage, ob ein Gläubiger, dem **nach und nach** mehr Zinsen, als das Kapital beträgt, gezahlt worden sind, den Ueberschuß heraus geben müsse? sollte bei uns ohne weiteres Bedenken mit Nein beantwortet werden. Denn die Verordnung in L. 10. C. de vsur. ist klar: Vsurae per tempora solutae non proficiunt reo ad dupli computationem. Die Novelle 121. C. 1. 2. enthält zwar das Gegentheil, und verwirft die Zinsen ultra alterum tantum ohne Unterschied. Allein da sie nicht glossirt ist, so fällt auch das gesetzliche Ansehen derselben in unsern Gerichten weg. Inzwischen

wird

wird in den gewöhnlichen Lehrbüchern dieser wahre Grund nicht aufgeführet, sondern Statt dessen der Novelle eine derogirende Praxis entgegen gestellt, deren es doch bei solchen Römischen Gesetzen, welche bei uns gar nicht recipirt, mithin an sich schon ungültig sind, keinesweges bedarf.

15.

Oft sind die Juristen verleitet worden, den in Deutschland nicht aufgenommenen Theilen des Römischen Rechts hin und wieder dennoch eine verbindende Kraft beizulegen, und die besondere Aufnahme einzelner dahin gehörenden Gesetze zu behaupten, wenn sie gefunden haben, daß in unsern Gerichten das Nämliche, was diese Verordnungen enthalten, gleichfalls beobachtet werde; gerade als ob dieß nicht aus andern Ursachen geschehen, und folglich aus richtigern Gründen abgeleitet werden könnte. Diese Betrachtung wird uns in den Stand setzen, über den vorgegebenen heutigen Gebrauch verschiedener Novellen des Kaisers **Leo** richtig urtheilen zu können. Die 93ste dieser Constitutionen verordnet: ut si sponsa ex alio grauida deprehendatur, sponsalia rescindi possint. Daß dieß nun auch bei uns Rechtens sei, leidet gar kein Bedenken; allein darum mit **Brunnquell** in Hist. iur. p. 215.

und dem dort angeführten Berger eine besondere Reception dieser Novelle in Deutschland behaupten wollen, würde in der That eine ganz unrichtige Folgerung sein. — Obgleich heutiges Tages die Conventionalstrafe bei Verlobungen allerdings zugelassen wird, so glaube ich doch nicht, daß man den Grund davon in der Aufnahme der Nov. Leon. XVIII. zu setzen habe. Das Justinianeische Recht erklärt zwar den Anhang einer solchen Strafe bei Verlobungen für ungültig, allein aus Gründen, welche, wie Hellfeld in seiner Abhandlung de poena conuentionali sponsalibus adiecta §. 31. (in opusc. ejusd. p. 394.) deutlich gezeigt hat, in Deutschland gänzlich wegfallen. Es versteht sich also die verbindliche Wirkung der gedachten Strafe bei uns, und nach unsern Grundsätzen, von selbst. Wozu denn die Verordnung des K. Leo? Ich denke doch nicht, daß die Gültigkeit der poena conuentionalis so wesentlich von dieser Verordnung abhänge, daß solche ohne Reception der letztern gar nicht gedacht werden könne? Kurz! man unterscheide die beiden Fragen: 1) ob nicht Manches, was in den erwähnten Novellen enthalten ist, auch in Deutschland gelte? — und 2) ob solches darum beobachtet werde, weil die Verordnungen des Leo als Gesetze recipirt worden? — nur genau von

ein-

einander, und man wird gewiß die sonst gelehrte Abhandlung des **Caspar Achatius Beck**: de nouellis Leonis, earumque usu et auctoritate, von einer andern Seite, als bisher, zu betrachten anfangen.

Daß übrigens die erwähnten Theile des Römischen Rechts, wenn sie gleich in unsern Gerichten, kein legales Ansehen haben, dennoch zur Erklärung der wirklich gültigen Verordnungen ein ganz unentbehrliches Hülfsmittel abgeben, ist zu bekannt, als daß ich es hier noch weiter auszuführen hätte. Wie oft man auch in ipsis rerum argumentis sich derselben zu solchem Zweck sehr glücklich bedienen könne, davon liefern unter andern die Schriften eines **Pufendorf** und **Struben** Beispiele genug.

16.

Vierte Regel.

Betreffend die recipirten Theile des Römischen Rechts.

Diejenigen Verordnungen, welche sich auf bloß Römische in Deutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen, leiden eigentlich bei uns keine Anwendung. Schott Encyclopädie §. 109.

So richtig diese Regel ist, so leicht kann sie gemißdeutet, und ein übler Gebrauch davon gemacht werden. Im Grunde sind unsere Verfassung und Sitten von den Römischen, worauf sich die Gesetze natürlich beziehen, fast durchgängig sehr verschieden, folglich könnte man nach diesem Grundsatze viele Verordnungen unanwendlich halten, die doch unstreitig ihre völlige Gültigkeit behaupten müssen. Und in der That sind Lehr- und Richterstühle oft von einem Fehler nicht frei geblieben, wovon Leyser Spec. 29. med. 5. sehr nachdrücklich schreibt: Gratissimus ille doctorum nonnullorum error est, existimantium, mores Germanicos, si in quadam circumstantia a moribus Romanorum recedant, totius negotii naturam adeo mutare, ut iam nihil ex legibus Romanis applicari possit. Folgende Erläuterung der gedachten Regel wird den wahren Sinn derselben genau entwickeln, und den Mißbrauch verhüten. Es ist hier von solchen Verordnungen die Rede, welche sich auf bloß Römische Sitten und Verfassungen beziehen. Zuvörderst ist also zu merken, daß hierunter nicht eine jede entfernte oder gelegentliche Verbindung des Gesetzes mit Römischen Gebräuchen zu verstehen sei. Denn so können viele Dinge, die bei uns ganz wegfallen, auf das Gesetz eine Beziehung haben, und doch die Anwendung

desselben nicht aufheben. Die sieben Zeugen bei Testamenten sind heutiges Tages immer noch erforderlich, obgleich diese Zahl aus einem Ritus herrührt, der bei uns nie üblich war. Ein anders aber ist es, wenn der eigentliche Gegenstand des Gesetzes, oder der wesentliche Grund desselben in Deutschland nicht Statt findet. Und dieß ist der Sinn unserer Regel. Vermöge derselben fällt also die heutige Anwendung weg, 1) wenn selbst das Object des Gesetzes **gar nicht mehr** existirt. Dahin gehören unter andern die Verordnungen, welche die **besondere** Regimentsverfassung des Römischen Staats, und dessen Verwaltung betreffen, die Titel de officio proconsulis, praesidis und andere dergleichen mehr. 2) Wenn der Gegenstand des Gesetzes zwar nicht ganz verschwunden, jedoch in der Maße nicht mehr vorhanden ist, als ihn das Gesetz nothwendig voraus setzt. So können z. B. die Römischen Gesetze vom Concubinat heutiges Tages eigentlich nicht gelten, weil sie ihn als erlaubt betrachten, weshalb ich auch gern der Meinung beipflichte, daß die in solcher verbotenen Beiwohnung erzeugten Kinder bei uns keine besondern Vorrechte vor andern unehelichen Kindern haben. — 3) Wenn der wesentliche Grund des Römischen Gesetzes ganz wegfällt. Die Regel, cessante ratione legis, cessat

eius dispositio wird nicht allein überhaupt, sondern auch vorzüglich, wenn es auf den heutigen Gebrauch einer Justinianeischen Verordnung ankömmt, zum öftern gemißbraucht. Eigentlich haben wir uns hier nur mit dem letztern zu beschäftigen, indessen wird es nicht undienlich sein, vorläufig im allgemeinen zu bemerken, daß jene Regel, wenn sie richtig angewandt werden soll, allemal voraussetzt, daß in einem vorkommenden Falle, ob er gleich den Worten nach unter dem Gesetze mit begriffen ist, dennoch der Hauptgrund — das bestimmende Princip, wodurch der Gesetzgeber wesentlich bewogen ward das Gesetz vorzuschreiben, entweder an sich nicht Statt finde, oder doch auf den gegebenen Fall sich nicht beziehen lasse, weil sonst die Gesetzgebung mit sich selbst in Widerspruch gerathen würde, wie dieß in der Schrift von der natürlichen Verbindlichkeit §. 63. und 64. mit mehrern ausgeführt ist. Alle Gesetze sind nur in Bausch und Bogen gut, nicht für einen Fall, sondern für die meisten gemacht. — Um also nunmehr unserer Materie näher zu treten, so muß, wenn das Römische Gesetz seine Anwendung verlieren soll, der Hauptgrund desselben wegfallen. Damit ist aber weder die occasio legis, noch diese oder jene Nebenursache, welche vorzüglich etwa den Römern das Gesetz nützlich machte, zu verwechseln.

Denn

Denn dieß können freilich Umstände sein, die bei uns nicht Statt finden, darum aber doch der heutigen Gültigkeit des Gesetzes nichts entziehen. Es wird dem Leser hoffentlich nicht mißfallen, wenn wir hiebei noch etwas verweilen.

17.

Mark Aurel erklärte denjenigen seines Rechts verlustig, der, ohne den Richter anzutreten, solches mit Gewalt durchzusetzen sich unternehmen würde. Der eigentliche Grund dieser Verordnung besteht unstreitig darin, weil dem gemeinen Wesen daran gelegen ist, daß ein Jeder sein Recht durch richterliche Hülfe verfolge, die Selbsthülfe hingegen dem Staat desto gefährlicher ist, je mehr sie dem ersten Endzweck bürgerlicher Societäten, der innern Sicherheit nämlich, zuwider läuft. Bei den Römern kam die Macht der Bürger, und die Menge ihrer Sclaven hinzu, welches ihnen die Privatgewalt noch fürchterlicher machte. Wenn wir dem **Seneca** glauben wollen, so gab es einzelne Bürger, die über zwanzigtausend Sclaven hatten. De tranquill. cap. 8. Es fragt sich also, ob das edictum D. Marci noch heutiges Tages Anwendung leide? Männer von Ansehen, unter denen es genug ist, einen **Claproth** in Diss. de non usu edicti D.

Marci, zu nennen, haben diese Frage mit Nein beantwortet, weil wir solche Bürger nicht mehr haben, als diejenigen waren, die das Gesetz veranlaßten. Allein, darum fällt doch der Hauptgrund des Edicts bei uns nicht weg. War gleich die Selbsthülfe dem Römischen Staat vorzüglich gefährlich, so ist sie doch bei uns nicht unter die gleichgültigen Handlungen zu rechnen; sie bleibt in einer jeden Republik höchst unerlaubt; und man kann auch mit Grunde nicht behaupten, daß das Gesetz zu hart sei. Sobald nämlich in einem Lande Gerichte sind, durch deren Hülfe ein Jeder sein Recht geltend machen kann, so ist gewiß nichts übertriebenes darin zu finden, wenn derjenige seines Rechts verlustig erklärt wird, der es auf diesem gesetzlichen Wege nicht suchen, sondern, als ein Feind guter Ordnung, die Ruhe und Sicherheit des gemeinen Wesens zerrütten will. Deutschland hat vor Errichtung des Landfriedens die traurigsten Folgen der Privatgewalt erfahren; sollte aber dieses Reichsgesetz darum wol nicht mehr gelten, weil im Ganzen die Befehdungen heutiges Tages selten geworden sind? Wenn daher andere Rechtslehrer den heutigen Gebrauch jener Römischen Verordnung vertheidigen: Leyser Spec 107. so kann man nicht sagen, daß sie einem auf Deutschland nicht passenden Gesetze das Wort redeten.

18.

Die bekannte actio de receptis wider diejenigen, welche die Personen und Sachen der Reisenden aufnehmen, kann hier gleichfalls zum Beispiele dienen. Die Gründe dieser Klage, wodurch der Fremde sich seiner Sachen halber bloß an den Recipienten hält, sind folgende: 1) der Gastwirth ꝛc. macht sich dadurch, daß er die Güther aufnimmt, ipso facto anheischig, solche aufzubewahren und zu restituiren. Seine Verbindlichkeit rührt also aus einem wahren, obgleich stillschweigenden Vertrage her, und man hat nicht nöthig, zu den sogenannten Quasicontracten seine Zuflucht zu nehmen. 2) Es ist billig, daß den Fremden kurz geholfen, nicht aber ihre Sache in weitläuftige Beweise verschleppt werde. 3) Der Gastwirth selbst kann Entwendungen eher verhüten, als der Fremde. 4) Wollte man dem letztern die Verbindlichkeit auflegen, daß er immer den Urheber seines Schadens ausfindig machen, oder gegen denselben allein nur klagen müßte, so würde es unredlichen Wirthen ꝛc. ein Leichtes sein, den Gast um das Seinige zu bringen. Nun waren 5) bei den Römern die nautae, caupones, stabularii, wie **Perizonius** Lib. 4. ad Aelian. c. 1. n. 1. näher gezeigt hat, größtentheils niederträchtige Betrüger. **Horaz** schreibt von ihnen:

— *Inde forum Appi*
Dissertum nautis, cauponibus, atque malignis.

Ich glaube aber nicht, daß Jemand bloß darum, weil unsere Wirthe nicht durchgängig mit den Römischen in eine Klasse gehören, den heutigen Gebrauch der gedachten Klage zu bestreiten, sich einfallen lassen könne. Immerhin mag diese Nebenursache des Gesetzes zu unsern Zeiten ganz wegfallen, welches doch gewiß zu viel, und gegen die Erfahrung behauptet sein würde, so bleiben doch die andern Gründe, welche allein schon das Gesetz hinreichend rechtfertigen, allemal noch fortdaurend.

19.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß unter dem Vorwande einer Gleichheit der Gründe und Gegenstände keine unschickliche Ausdehnung der Gesetze vorzunehmen sei. Man ist in diesem Mißbrauche so weit gegangen, daß sogar Strafgesetze und iura singularia nicht davon frei geblieben sind. Die Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte liefert hievon Beispiele genug, und die Juristen, welche behaupten, daß heutiges Tages auch die Mutter pupillariter substituiren könne, hätten billig erwägen sollen, daß ein so exorbitantes Recht, — über das Vermögen eines andern zu testiren, — nur demjenigen bei-

beigelegt werden könne, dem es die Gesetze, welche in solchen Fällen bekanntlich keine Ausdehnung leiden, ausdrücklich ertheilt haben. Jede eigenmächtige Erweiterung ist hier allemal ein unerlaubter Eingriff in die Rechte des Gesetzgebers, deren sich kein priuatus anzumaßen hat. Daher besonders noch ein anderer Grundsatz, welchen wir sogleich näher betrachten wollen.

20.

Fünfte Regel.

Auf solche Gegenstände und Geschäfte, welche den Römern ganz unbekannt waren, sondern bloß aus Deutschen Sitten und Verfassungen, oder andern Quellen ihren Ursprung haben, läßt sich das Römische Recht ebenfalls nicht anwenden, obgleich eine eingebildete Aehnlichkeit dergleichen unschickliche Anwendung leicht veranlassen kann, und oft veranlaßt hat. Schott a. a. O. N. 3. Ueberhaupt können Gesetze über ihren eigentlichen Gegenstand nicht hinaus gedehnt werden. Schon die gesunde Vernunft erkennet es also, daß die unter Deutschen Ehegatten herrschende Gemeinschaft der Güther, die sogenannte unio prolium, und andere den Römern nie bekannt gewe-

gewesene Geschäfte unmöglich nach Römischen Grundsätzen behandelt werden können. Es ist aber in dieser Hinsicht eine dreifache Vorsicht nöthig; 1) Daß man sich durch keinen Mißverstand Römischer Gesetze und Schriftsteller zu dem Irrthum verleiten lasse, als ob dergleichen bloß Deutsche Geschäfte bei den Römern wirklich schon eben so üblich gewesen wären. Vormalen war dieser Fehler etwas sehr gewöhnliches. In dem bekannten Streite über den Ursprung der Lehne hat es nicht an Gelehrten gefehlt, welche das ganze Institut den Römern zueignen wollten. Die Meinung war zu paradox, als daß sie sich lange behaupten konnte. Nach Deutschen Rechten wird, wie wir wissen, durch Errichtung eines besondern Hauswesens die väterliche Gewalt aufgehoben. Leyser behauptet Spec. 21. m. 2, daß dieß schon bei den Römern gebräuchlich gewesen sei. Ich glaube nicht, daß viele Juristen hierin mit ihm einstimmig sind, obgleich nicht wenige unter ihnen gerade den Irrthum noch immer beibehalten, wovon der Leyserschе nur eine Folge war. Man nennt jene Art der Befreiung von der V. G. eine stillschweigende Emancipation. Hodie emancipatio est vel expressa vel tacita, quae tacito patris consensu innititur. Hanc in generalem et specialem diuidere licet. Emancipatio generalis tacita fit per institutionem separatae oeconomiae.

Zellfeld *in iurisprud. forensi §. 161.*

Richtiger würde man sie zu denjenigen modis rechnen, welche aus gesetzlicher Vorschrift auch wider des Vaters Willen, dessen Gewalt aufheben. Dieß gesteht auch der eben angeführte Rechtsgelehrte selbst, wenn er gleich darauf hinzufügt: inuito etiam patre fieri potest haec separatio. Was aber wider meinen Willen geschehen, und von mir nicht gehindert werden kann, das läßt sich nicht wol in meiner stillschweigenden Einwilligung begründen. Inzwischen hat, wie gesagt, diese irrige Lehre den **Leyser** verleitet, ein bloß Deutsches Institut den Römern zuzueignen. Est enim, sagt er, emancipatio tacita. Iam vero de hac clara legimus exempla in L. 1. C. de patria potest. et L. 25. D. de adopt. Ergo et hicce modus non tam Germanis nostris originem debet, quam potius ipsis romanarum legum conditoribus diu iam iam cognitus fuit. — — Jedoch der Abweg, daß man selbst die nämlichen Geschäfte, die bloß den Deutschen eigen sind, schon bei den Römern finden will, ist nicht so häufig, als ein anderer, wodurch in der That eine nicht geringe Verwirrung der Rechte verursacht wird.

21.

Man läßt sich zweitens eine eingebildete Analogie sehr oft bei dergleichen Dingen zur unschicklichen Anwendung Römischer Grundsätze verleiten. Ob es gleich leicht zu erachten ist, daß von dem Römischen Erbzinsrechte auf das Deutsche Meierrecht, von den libertinis auf unsere Bauren nicht zu argumentiren steht, so ist doch dieser Mißbrauch mehrmalen geschehen.

Eichmann in der Erklärung des bürgerlichen Rechts T. 1. p. 348.

Bekannt ist es, daß nach Römischen Rechten die im Ehebruch erzeugten Kinder weder dem Vater noch der Mutter succedirten. Man verstand aber unter den adulterinis diejenigen nicht, welche von einem verheiratheten Manne mit einer ledigen Frauensperson erzeugt worden. Diese läßt daher das Römische Recht in gewissen Fällen zur mütterlichen Succession. Nach unsern heutigen Begriffen vom Ehebruch könnte man solche Kinder zwar auch adulterinos nennen, allein da diese erweiterte Idee den Römern gänzlich fremde war, so kann man auch dasjenige, was das Römische Recht nach seinen Begriffen von den adulterinis verordnet, auf die erwähnten Kinder nicht anwenden. Sind einheimische gültige Gesetze vorhanden, welche ihnen das Erbrecht versagen, so leidet die Sache, obgleich

die

die Kinder ohne Verschulden leiden, dennoch keinen Zweifel. Nam ita lex scripta est, licet dura sit. — Fehlt es aber an dergleichen einheimischen Rechten: so sehe ich nicht ab, aus welchem Grunde man diesen Kindern die mütterliche Erbfolge absprechen könnte. Nach Römischen Rechten gewiß nicht, weil dieses die mehrgedachten Kinder für erbfähig erklärt; folglich der Gedanke, sie nach eben diesem Rechte von der Succession ganz ausschließen zu wollen, offenbar wunderlich sein würde. Das Kanonische Recht ist uns hierin auch nicht entgegen, zum Ressort der Richter und Rechtsgelehrten gehört es aber sicher nicht, den unschuldigen Kindern Rechte zu entziehen, welche ihnen die Gesetze selbst nicht nehmen; und wenn die Römischen Gesetzgeber sich sonst nicht, als nur darin, gegen die christliche Religion versündigt haben, daß sie den von einem ungetreuen Manne mit einer ledigen Weibsperson erzielten Kindern das Erbrecht nicht ganz genommen haben; so getraue ich mich immer, sie unter die Heiligen vom ersten Range zu zählen. —

22.

Allerdings würde man viel zu weit gehen, wenn man unsere obige Regel, **dritrens**, dahin deuten wollte, daß Gegenstände, welche den Römern nicht

bekannt

bekannt waren, darum auch in gar keinem Stücke nach Justinianeischen Gesetzen behandelt werden könnten. Sind es Fälle, worauf die eigenthümliche Natur dieser Geschäfte keinen besondern Einfluß hat, so lassen sich die Vorschriften des gemeinen Rechts sehr gut anwenden. Ob gleich unsere Patrimonialgerichtsbarkeit den Römern unbekannt war, und folglich die Gesetze, welche Frauenspersonen und Unmündige aller Jurisdiction unfähig erklären, darauf nicht anzuwenden sind, so können sich doch die Patrimonialgerichte von sonstigen Verordnungen, welche die Pflichten des Richters überhaupt bestimmen, keinesweges dispensiren; weshalb auch Leyser Spec. 29. m. 5. die Prorogation in Ansehung dieser Gerichtsbarkeit gar wol zulässig findet.

23.

Sechste Regel.

Ist nun keine der bisher erwähnten Einschränkungen vorhanden, so hat das Römische Recht, nach der bekannten Rangordnung seiner Theile unter sich, durch ganz Deutschland ein gesetzliches Ansehen, es wäre denn, daß andere diesem subsidiarischen Rechte vorgehende gemeine oder besondere geschriebene Rechte, oder erweißliche

Ge-

Gewohnheiten mit Gesetzlicher Gültigkeit das Gegentheil einer Römischen Vorschrift mit sich brächten.

Diese Regel ist dem Begriff eines recipirten subsidiarischen Rechts aufs genaueste angemessen. Das gegenseitige Verhältniß der verschiedenen Theile des R. R. betreffend, wobei mit Recht die Regel: das spätere Gesetz geht dem frühern vor, als entscheidend angenommen wird, um unter mehrern von einander abweichenden Gesetzen den Vorzug zu bestimmen, beziehe ich mich auf die Lehrbücher des Civilrechts. Geräth aber das Römische Recht mit andern in Deutschland geltenden Gesetzen in Widerspruch, so ist es freilich ausgemacht, daß es als fremdes subsidiarisches Gesetzbuch den einheimischen Rechten nachstehen muß. Nur hat man, was die Gewohnheiten, den Gerichtsgebrauch, und die statutarischen Rechte anbetrifft, sich wol zu hüten, daß man unter diesem Vorwande das Ansehen des Römischen Rechts nicht zu voreilig bestreite. Was zur Begründung eines Gewohnheitsrechts im Allgemeinen erfordert wird, ist auch hier nothwendig, wenn es darauf ankommt, vermöge desselben die Anwendbarkeit eines ein Mal in Deutschland angenommenen Gesetzbuchs zu bestreiten. Mit dem Gerichtsgebrauche, der so oft in Schriften der

Rechtsgelehrten die Stelle aller weitern Gründe vertreten muß, ist es an sich in facto eine höchst mißliche Sache; aber auch der bündigste Beweis von dieser Seite würde doch bei weitem noch nicht hinreichen, eine beständige Rechtsnorm daraus herzunehmen, und diese mit überwiegender Kraft den Vorschriften eines bestehenden iuris scripti entgegen zu stellen, weil es an sich schon zwei ganz verschiedene Dinge sind, was geschieht, und was geschehen sollte. Die Urtheilssprüche der Gerichte können zum Beweise eines Gewohnheitsrechts dienen, wenn man sieht, daß nur dieses als solches bei der Entscheidung zum Grunde liege. Z. B. wenn nach dem Grundsatze, Hand muß Hand wahren, gegen die Vorschriften des gemeinen Rechts immer ist erkannt worden. Erkenntnisse hingegen, die sich auf dergleichen besondere Gewohnheitsrechte nicht beziehen, sondern nur das Resultat dessen enthalten, was gerade diese Urtheilsfasser den Rechten und deren Analogie gemäß gefunden haben, können außer den Parteisachen, worin sie ergangen sind, nicht in Betrachtung kommen. Es wird nach dem Zweck dieser Schrift nicht nöthig sein, dieß alles hier weiter auszuführen. Neuerer Zeit hat Hauß in einer besondern Abhandlung die Lehre vom Gerichtsgebrauch so gründlich vorgetragen, und von so vielen, der Rechtspflege äußerst

äußerst nachtheiligen Irrthümern gereinigt, daß ich meinen Lesern nichts Bessers darüber zur Nachlese empfehlen kann.

Daß der bloße Nichtgebrauch ein Gesetz nicht aufhebe, kommt in allen Lehrbüchern vor. Man läßt sich indeß diese Regel nicht irre machen, wenn man die Anwendbarkeit der Römischen Pönalklagen auf das Gedoppelte ꝛc. bestreitet, und in der That fehlt es doch einer ächten Rechtstheorie an überzeugenden Gründen, die Zulässigkeit dieser Klagen in unsern Gerichten zu verwerfen. Hellfeld sagt: Hodie ius puniendi magistratui, minime vero privatis competit. Inde actiones poenales et sic quoque illa de calumnialoribus hodie non amplius praestant usum. Das Recht zu strafen, stand auch bei den Römern keiner Privatperson zu. Eine andere Frage ist es aber: **Wer straft?** und eine andere: **Wem kommt die Strafe zu Gute?** Jenes that bei den Römern, wie bei uns, die Obrigkeit, mithin ist die Schloßfolge falsch, die dem Kläger den **Nutzen** der Strafe absprechen will. Mit eben dem Grunde würde man auch die Gültigkeit der aestimatorischen Jujurienklage, die doch auch unstreitig zu den Pönalklagen gehört, verwerfen können. Er beweißt also zu viel. Daß die Parteien ihre Anträge nicht auf das Doppelte richten, und

unsere Gerichte daher nur auf das Einfache erkennen, ist ein bloßer non usus, der nach tausend Vorgängern, die sich ihres Rechts nicht bedienen wollten, keinem entgegen gesetzt werden kann, der es ein Mal wirklich geltend machen will. Aber gerade hier meinte **J. L. Schmidt** inst. iur. civ. das Gegentheil behaupten zu können, weil ex perpetuo non usu iuris peregrini am beßten die nicht geschehene Aufnahme seiner Vorschrift zu erweisen sei. Dieß würde nur dann gesagt werden können, wenn die Gültigkeit des Römischen Rechts bei uns auf nichts weiter, als auf stillschweigende Einführung durch den Gebrauch beruhete. Nachdem aber die Gerichte durch ausdrückliche Reichs, und Landesgesetze darauf verwiesen sind, so kann auch der bloße Nichtgebrauch hier nicht mehr, als bei andern Gesetzen, in Betrachtung kommen. Die Anordnung der Privat Pönalklagen enthält in mancher Rücksicht viel Zweckmäßiges, und es läßt sich keinesweges behaupten, daß ihre Anwendbarkeit sich nur auf eigenthümliche Verhältnisse des Römischen Staats einschränke. Hat sie doch die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. zum Theil ausdrücklich bestätigt, und finden doch auch unsere Gerichte kein Bedenken die Aestimatorische Injurienklage zuzulassen, die, ob sie gleich nicht auf ein Duplum geht, darum doch

aller-

allerdings zu den Pönalklagen gehört. Man wird bei einiger Prüfung der Sache sehr bald genöthigt, zu gestehen, daß hier, so wie in vielen andern Fällen, die Anwendbarkeit des Römischen Rechts zwar ziemlich allgemein bestritten, in der That aber keine zureichenden Gründe, sondern nur allein die Gewalt der Meinungen wider sich habe. Es ist meine Sache und auch meine Absicht nicht, den Kampf gegen diese weiter durchzuführen, noch weniger darf ich hoffen, sie gerade hier mit Erfolg zu bestreiten, da man schon gewohnt ist, mit den bloßen Worten ad duplum, quadruplum ꝛc. sogleich ohne weiteres den Gedanken eines entgegenstehenden Gerichtsgebrauchs zu verbinden, und so vest daran zu glauben, daß es selbst der gesetzgebenden Macht Karls V. nicht gelingen konnte, den Strom dieser Meinungen aufzuhalten. Allein ich halte doch dafür, daß dieses Beispiel uns desto mehr belehren wird, wie nöthig es sei, gegen das bloße Ansehen der Rechtsgelehrten auf seiner Hut zu sein, und Alles, was sich unter dieser Bedeckung in die Theorie und Praxis des Rechts einschleichen will, so lange zurück zu weisen, bis es durch Gründe gehörig gerechtfertigt werden kann. Die Rechtsgelehrten selbst sind so bescheiden, in den Lehrbüchern gleich Anfangs den Satz einzuschärfen, daß ihre

Behauptungen keinesweges die Stelle rechtsgültiger Normen vertreten, noch weniger in facto das Dasein eines vermeinten Gerichtsgebrauchs beweisen können, und in Provinzialgesetzbüchern ist solches noch besonders, am bündigsten vielleicht in der Cellischen Oberappellationsgerichtsordnung II. 12. 12. vorgeschrieben. „Wenn auch wahrgenommen worden, „daß hin und wieder in den Gerichten der schädliche „Misbrauch eingerissen, daß man *in iudicando* „zu viel auf *opiniones doctorum* siehet, und „dabei oft fast wenig um *textus iuris*, *leges*, „oder deren *rationes* und *argumenta* sich „bekümmert: vielmehr genug zu sein vermeinet, der Doctoren Autorität bei Decidirung der Sachen zu folgen, wodurch „denn veranlaßt wird, daß, da fast nichts „in der Welt so übel fundirt sein kann, so nicht bei „einem oder andern Autore und Scribenten Beifall „finde, durch solche auf dergleichen *opiniones* „sich gründende Judicaturen viel irrige „*principia* in die Gerichte sich einschleichen, „und als praeiudicia, ja gleichsam als ordentliche „Rechtsregeln eingeführt werden: oder auch daß „die Richter irre gemacht und zweifelhaft werden, „welcher unter solchen diversen und öfters gegen „einander laufenden Opinionen sie folgen sollen;

„we-

„wenigstens eine arbitraria iuſtitia eingeführet wird:
„ſo finden wir nöthig, ſolchem Mißbrauche bei
„unſerm Appellationsgerichte vorzukommen ꝛc.“
Man wird aber ſehr häufig finden, daß gerade dann, wenn es darauf ankommt, die Gültigkeit wirklicher Geſetze zu beſtreiten, von dieſen Wahrheiten wenig oder gar kein Gebrauch gemacht werde; obgleich die Meinungen und Lehren der Juriſten, bei denen man oft fragen müßte, wie hoch das Reſponſum bezahlet worden, ſicher die Quellen nicht ſind, woraus in dieſem Fall der erforderliche Beweiß geſchöpft werden könnte.

24.

Je weniger die Statuten der Gemeinheiten an ſich ſchon als Geſetze gelten, deſto minder wird man ihnen ohne Unterſchied die Kraft, dem geſchriebenen Rechte zu derogiren, beilegen können. Alles kömmt hier auf die landesherrliche Beſtätigung an. Iſt dieſe vorhanden, ſo leidet es freilich kein Bedenken, daß ſie den gemeinen Rechten, deren Dauer und Wirkung vom Willen des Regenten abhängt, allerdings vorgehen. Verſchiedene Land, und Municipalſtädte haben durch Privilegien das ſogenannte ius ſtatuendi erhalten, wodurch ihren Statuten ein geſetzliches Anſehen im voraus ſchon bewilligt worden iſt.

Die Gemeinde erlangt dadurch zwar das Recht, praeter ius commune gültige Statuten zu errichten, welche indessen doch immer der landesherrlichen Inspection unterworfen bleiben. Sobald aber das Statutum ausdrücklichen Reichs- und Landesgesetzen zuwider läuft, so ist der besondere Consens des Landesherrn ganz unstreitig erforderlich, und hilft das erwähnte Privilegium dazu im geringsten noch nicht. Hoc inde liquidum est, quia, si contra leges imperantis statuta conderent, sibi potestatem arrogarent, leges, quibus adstringuntur, corrigendi, et mutandi, quod ipsis haud concessum, quum voluntas superioris semper praedominari debeat. *Omnis potestas magistratui concessa, quanta quanta est*, semper intelligitur saluo iure imperantis, cui est subordinata. — I. H. Boehmer introd. in ius publicum uniuersale p. 401. Einmal sind alle Vergünstigungen, wodurch die Ausübung der Regalien des Fürsten eingeschränkt wird, aufs strengste zu erklären, und es läßt sich auch zweitens mit Vernunft nicht annehmen, daß der Landesherr durch ein solches Privilegium sich seiner Gesetzgebenden Macht, als des höchsten Majestätsrechts, entäußern, eine einzelne Gemeinde vom Gehorsam gegen landesherrliche Befehle dispensiren, oder die Befolgung der gemeinen und Provinzialgesetze dem Gutbefinden

eines

eines Städtischen Magistrats habe überlassen wollen. Ich finde keinen Grund, um dieses alles nicht auch in dem Falle anwendlich zu glauben, wenn den auswärtigen ein Mal bei uns recipirten Rechten statutarische Satzungen entgegengesetzt werden. Das Ansehen jener gründet sich, gleich den einheimischen Verordnungen, auf den Willen unserer Fürsten und Gesetzgeber, ohne welchen daher ihre verbindende Kraft nicht aufhören kann.

25.

Noch sind bekanntlich außer dem Römischen, zwei andere fremde Rechte in Deutschland eingeführt, das Canonische Recht, und das Longobardische Lehnrecht. Beide enthalten viele und große Abweichungen von den Vorschriften des erstern. In Ansehung des Lehnrechts ist indeß dieser Punct keinen Schwierigkeiten von Bedeutung unterworfen, da dasselbe in Lehnsachen natürlich dem Römischen Rechte vorgeht; nur darin ist die Wirksamkeit dieser Rechte verschieden, daß sie zwar im Geographischen Verstande als gemeine Rechte in Deutschland gelten, das Römische aber auch in Ansehung der Gegenstände eben diese Eigenschaft behauptet, mithin selbst auch in Rechtssachen, welche Lehne betreffen, zur Anwendung kommt, insofern die Feudalrechte keine eigene Bestimmung

darüber mit sich bringen, dahingegen das Lehnrecht in diesem Betrachte ein besonderes Recht ausmacht, und sich nur auf seinen eigenthümlichen Gegenstand einschränkt. Mehr ward von jeher über die gegenseitige Vorzüglichkeit des Römischen und Päbstlichen Rechts gestritten. Es fehlt keinem dieser Rechte an berühmten Vertheidigern, welche es auf Kosten des andern begünstigen. Man hat auch versucht, den Streit durch eine Auswahl gewisser Materien, die man dem Canonischen Rechte vorzüglich überläßt, beizulegen. An sich aber dürfte weder das eine noch das andere Recht wahre und entscheidende **Rechtsgründe** eines rechtlich nothwendig werdenden Vorzugs vor dem andern vor sich haben, da 1) beide zu gleicher Zeit und im Allgemeinen in Deutschland aufgenommen worden sind, und 2) in unsern Reichsgesetzen nichts darüber bestimmt ist, welches von beiden in Fällen ihrer Abweichung von einander in Gerichten vorgezogen werden sollte. Es bleibt daher mehr quaestio facti, welches Recht gleichwol seit der Einführung Beider in der Anwendung mehr begünstigt, auch von Reichs, und Provinzialgerichten als das vorzüglichste anerkannt sei? Und da darf man nur mit **Böhmer** I. E. P. II. 2. 36. ꝛc. seinen Blick auf das Zeitalter zurückwerfen, in welchem beide Rechte auch in Deutschland mit gesetzlicher

Kraft

Kraft übergingen, um sich von dem gleich Anfangs dem Päbstlichen Recht zugestandenen Vorzug zu überzeugen. Die Sachen waren durch den falschen Isidor schon so gut vorbereitet, daß fast überall das Ansehen der weltlichen Macht und Gesetzgebung der geistlichen untergeordnet ward, daß der Pabst die Stelle des Propheten Jerem. I. 10. „Siehe ich „setze dich über Völker und Königreiche, daß du „ausreißen, zerbrechen, zerstöhren und verderben „sollst und bauen und pflanzen" getrost auf sich anwenden, daß besonders **Innocenz** III. dieses im Jahr 1199. öffentlich in einem Schreiben an den Griechischen Kaiser **Alexius Comnenus** C. 6. X. de Maiorit. etc. et obedientia vortragen, und dabei ohne weiteres Bedenken folgende Sprache führen durfte. Potuisses autem praerogativam sacerdotii ex eo potius intelligere, quod dictum est, non a quolibet, sed a Deo, non regi, sed sacerdoti, non de regia stirpe sed de sacerdotali prosapia descendenti, de sacerdotibus videlicet, qui erant in Anathor, *ecce constitui te super gentes et regna ut evellas et dissipes, aedifices et plantes* — — Praeterea nosse debueras, quod fecit Deus duo magna luminaria in firmamento coeli, luminare maius, ut praeesset diei, et luminare minus, ut praeesset nocti, utrumque magnum, sed alterum

maius

maius — — ad firmamentum igitur coeli, hoc est universali ecclesiae facit Deus duo magna luminaria, id est duas instituit dignitates, quae sunt pontificialis auctoritas, et regalis potestas. Sed illa, quae praeest diebus, id est spiritualibus, maior est, quae vero (nocti id est) carnalibus minor, ut quanta est inter solem et lunam, tanta inter pontifices ac reges differentia cognoscatur. — Daß diese in jenen Zeiten fast überall herrschende Lehre vom Ansehen der Geistlichkeit, und besonders des Oberhaupts der Kirche, natürlich auch auf das gegenseitige Verhältniß des Canonischen und Römischen Rechts einen großen Einfluß haben, und eine vorzügliche Anwendung des erstern befördern mußte, ergiebt sich hieraus sehr leicht. Dazu trug aber auch noch selbst der Inhalt der Päbstlichen Vorschriften nicht wenig bei. Häufig fand man in ihnen wieder, was die Glossatoren bereits in ihrer Deutung des Civilrechts behauptet hatten, und war jetzt desto geneigter, Vorschriften zu begünstigen, die das übergroße Ansehen der Glosse unterstützte. Dazu kam ein gewisser Schein der Billigkeit, der überall aus dem Canonischen Recht hervorleuchtete, und die beständige Beziehung seiner Grundsätze auf die Lehren des Christenthums, welches alles seinen Vorzug vor dem Römischen Rechte nicht zweifelhaft lassen konnte. Diesen hat auch selbst die Kirchenreformation in den Protestantischen Ländern Deutschlands im Allgemeinen und der Regel nach, keineswegs gemindert, ob man gleich in einigen Rechtsmaterien, und besonders da, wo das Canonische Recht auf Grundsätze beruhet, die mit den Religionsbegriffen unserer Kirche geradezu im Widerspruch stehen, sich wieder davon entfernt hat.

II.

Beiträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrechte.

1) Versuch über den wahren Sinn der L. 5. C. de locato conducto.

Inhalt.

§. 1. Vom stillschweigenden Pfandrechte des Verpachters und Vermiethers überhaupt, und der dazu nöthigen Bestimmung des Unterschiedes inter praedium urbanum et rusticum.

§. 2. Die Worte der L. 5. C. de Loc. cond. mit der Erklärung des Accursius und anderer Ausleger.

§. 3. Widerlegung derselben.

§. 4. Die Meinung des Cujaz und der mehrsten Juristen über den Sinn dieser Worte.

§. 5. und 6. Wird auch als unzulänglich dargestellt.

§. 7. **Püttmanns Interpretation, wogegen**
§. 8. Verschiedenes erinnert wird.
§. 9. 10. 11. Vorbereitung zu einer andern Erklärung.
§. 12. 13. Der wahre Sinn des Gesetzes leuchtet aus dem Inhalt desselben klar hervor.
§. 14. Fernere Bestätigung dieser Erklärung.
§. 15. und 16. Was die Anwendung des Gesetzes eigentlich erfordert, und in welchen Fällen sie nicht Statt findet.

Der

§. 1.

Der Grundsatz, daß dem Verpachter eines praedii rustici an den Früchten, hingegen dem Vermiether eines praedii urbani an den eingebrachten Sachen des Miethsmannes ein gesetzliches Pfandrecht zustehe, gehört unter diejenigen Wahrheiten, welche durch klare Gesetze zu erweisen sind. [1])

1) L. 4. D. In quib. caus. pign. Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite conueherit, in rusticis praediis contra observatur. L. 7. D. eod. In praediis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi id nominatim non conuenerit. Dav. Mevius will zwar P. 4. Dec. 127. auch bei Landgüthern die gesetzliche Hypothek gleichfalls auf inuecta et illata erstreckt wissen; allein die Gesetze, welche er für sich anführt, sind seiner Meinung nicht günstig. Er selbst lehrt auch in dem Commentar über das Lübeckſche Recht P. 3. Tit. 1. Art. 2. n. 52. 53. und zwar nach gemeinen Rechten gerade das Gegentheil von dem, was er in den Decisionen behauptet. — Gothofredus ad L. 3. D. In quib. caus. ist auch dieser irrigen Lehre, welche Petr. Müller

apud STRUV. *Exercit.* 26. th. 16. imgleichen SAM. COCCEII *iure controv.* Lib. 20. tit. 2. Quaeſt. 14. ausführlich widerlegt haben, zugethan. Wenn aber NIC. BOERIUS Dec. 182. n. 54. ſogar den Satz aufſtellt, *quod in omnibus conuentionibus hypothecae conſtitutio subintelligi debeat*, ſo iſt das Urtheil, welches SAM. STRYCK Lib. 20. U. M. Tit. 2. §. 2. darüber gefällt hat, ſehr richtig: hac sententia nil absurdius esse poteſt. Da übrigens bei der Lehre vom ſtillſchweigenden Pfandrechte des Verpachters und Vermiethers auf richtige Beſtimmung des Unterſchiedes inter praedium urbanum et ruſticum ungemein viel ankömmt, ſo iſt es deſto nothwendiger, dieſen Punkt vor allen Dingen gehörig zu berichtigen. Das Römiſche Recht enthält vorzüglich drei Materien, welche eine richtige Idee davon ſchlechterdings erfordern: 1) in der Lehre von den Servituten, 2) nach älterm Rechte bei Veräußerung der Güther eines Minderjährigen, 3) in Anſehung des ſtillſchweigenden Pfandrechts. VINNIUS Lib. I. *select. Quaeſt.* Cap. 30. p. m. 177. hält dafür, daß in einer jeden dieſer drei Materien ein eigener Begriff der gedachten Eintheilung der Güther zum Grunde liege, folglich die Frage: welche praedia ſind urbana, und welche ruſtica? anders bei den Servituten, anders bei Veräußerung der Grundſtücke eines Minderjährigen, und endlich anders beim ſtillſchweigenden Pfandrechte eines Verpachters zu beantworten ſei. So viel iſt ausgemacht, daß

die

die sonst gewöhnliche Erklärung, hergenommen aus dem Endzwecke und Gebrauch, wozu die Grundstücke bestimmt sind, durchgängig falsch sei. Man rechnete nämlich zu den urbanis diejenigen, welche zur Wohnung und zum Vergnügen, zu den rusticis hingegen diejenigen, welche nicht zur Wohnung oder Vergnügen, sondern zum Feldbau, und dem damit verknüpften ökonomischen Nutzen gehören. Solchergestalt würden also die Scheuren, Viehställe, und sonstige Wirthschaftszimmer als rustica praedia anzusehen sein. Die Anzahl der Rechtsgelehrten, welche wirklich so philosophirten, war sehr beträchtlich. Inzwischen haben unsere beßten Civilisten schon lange angemerkt, daß die Gesetze selbst den Unterschied ganz anders bestimmen; cf. GERARD. NOODT *comm. ad Pand.* Lib. 8. tit. 3. J. O. WESTENBERG *in princip. iur. sec. ord. Inst.* Lib. 2. Tit. 3. §. 6. Im §. 1. I. *de Servit.* heißt es ausdrücklich: *Aedificia omnia* urbana praedia adpellamus, etsi *in villa* aedificata sint. Und in L. 198. D. de V. S. zählet **Ulpian** den Viehstall ohne Bedenken zu den Stadt-Grundstücken: *Urbana praedia* omnia aedificia, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et *si forte stabula sunt* vel alia meritoria in villis et in vicis. Mich über diese Materie im Ganzen weiter zu verbreiten, finde ich desto weniger nöthig, da bereits der berühmte Kanzler **Roch** in einer besondern Abhandlung: de Praedio urbano et rustico, Ienae 1757. das Verhältniß der Sache aus ächten

Quellen erläutert hat. Nur so viel das stillschweigende Pfandrecht eines Verpachters anbetrifft, sei es mir erlaubt, folgende Betrachtung hinzuzufügen. Daß auch hier der sonst gewöhnliche Begriff, so wie wir ihn angeführt haben, nicht zureiche, läßt sich leicht erweisen. Wäre das pignus tacitum eines locatoris praedii urbani nach gedachter Idee zu bestimmen, so müßte folgen, daß bei vermietheten Scheuren, Dreschtennen, Viehställen u. s. w., welche die gemeine Erklärung nicht zu den urbanis sondern rusticis rechnet, an den eingebrachten Sachen kein pignus Statt finde; mithin gar kein Pfandrecht denkbar sei, denn fructus e re prouenientes fallen hier auch weg. Allein in unsern Gesetzen werden diese Grundstücke in gegenwärtiger Materie den urbanis gleich behandelt. L. 3. D. *In quib. caus. pign. Si horreum fuit conductum*, vel diuersorium, vel *area* tacitam conuentionem de inuectis et illatis etiam in his locum habere putat Neratius, quod verius est. L. 4. §. 1. D. eod. *Stabula*, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint? dubitari potest. Et quidem urbanorum sine dubio non sunt, quum a caeteris aedificiis separata sint. *Quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt.* Ich glaube nach Anleitung dieser Gesetze die ganze Sache auf folgende zwei Grundsätze zurückführen zu können. 1) Im Ganzen ist die Frage, welche Grundstücke sind in der Materie des stillschweigenden Pfandrechtes als

praedia

praedia urbana, und welche als ruſtica anzuſehen? nach dem Gebrauch und Nutzen, wozu die Sache verpachtet worden, zu beſtimmen, ob ſolcher nämlich darin beſtehet, daß der Pachter die natürlichen Früchte, welche die Sache hervorbringt, genießen ſoll, oder darin, daß er die Sache bewohnen, ſolche zum Vergnügen inne haben, und ſeine Güter darin unterbringen und aufbewahren darf. Dieſen Gebrauch und Nutzen ſoll er nicht umſonſt, ſondern gegen Erlegung des Pachtgeldes genießen. Die Geſetze wollen daher, daß der Gegenſtand des usus, den der Pachter genießt, dem Verpachter zur Sicherheit des locarii zum Unterpfande dienen ſoll. Iſt alſo das verpachtete Grundſtück von der erſtern Art, ſo hat man ein praedium ruſticum, und die Früchte, welche die Sache hervorbringt, ſind dem ſtillſchweigenden Pfandrechte unterworfen. Beſteht aber der Gebrauch, wofür das Pachtgeld entrichtet wird, nicht in perceptione fructuum, qui in fundo nascuntur, ſondern in der Befugniß die Sache zu bewohnen, oder Güter darin niederzulegen, und aufzubewahren, ſo iſt ein praedium urbanum vorhanden und der Inbegriff aller eingebrachten Stücke dem Vermiether ſtillſchweigend verpfändet. Dieſe Theorie wird durch dasjenige, was die Geſetze von der, bei vermietheten Scheuren, Dreſchtennen, Luſtrevieren, und Viehſtällen eintretenden Hypothek, verordnen, und dadurch, daß bei praediis ruſticis das Pfandrecht ſich nicht weiter,

als auf fructus ex ipsa re locata prouenientes, erstrecket, hinlänglich bestätigt. Um aber in dieser Sache gar keinen Irrthum zu begehen, ist noch das zweite Axiom hinzuzufügen: **In beyden erwähnten Fällen muß man nur das** *principale*, **nicht aber das** *accessorium* **zum Grunde legen.** Das Pfandrecht des Verpachters richtet sich allemal nach dem Hauptgegenstand der Pachtung. Ist dieser also ein praedium rusticum, so geht auch das pignus bloß auf die Früchte, nicht aber auf die Geräthe und Sachen, welche der Pachter etwa in die zum Guthe gehörige Wohnung und Zimmer gebracht hat. Hingegen wenn Jemand dergleichen auf dem Lande belegene Gebäude allein, und nicht als accessoria eines gepachteten fundi in Miethe nimmt, so werden die inuecta und illata allerdings dem Pfandrechte des locatoris unterworfen. Dieß dient einestheils zur nähern Erläuterung der angeführten L. L. 3. und 4. §. 1. D. In quib. caus. pign., anderntheils aber auch zur bequemen Vereinigung dieser Gesetze mit andern, von uns gleichsfalls oben bereits angeführten Stellen. Wenn nämlich in §. 1. I. de Seruit. alle Gebäude ohne Unterschied urbana praedia genannt, ja in L. 198. D. de V. S. die Viehställe, sie mögen belegen sein, wo sie wollen, ausdrücklich dahin gerechnet werden, hingegen in L. 4. §. 1. D. In quib. caus. pign., auf die Lage wiederum Rücksicht genommen, und von den auf dem Lande befindlichen Ställen gesagt wird: *urbanorum sine dubio non sunt*, quum a

caeteris

caeteris aedificiis separata sint, so darf und kann uns dieß nicht weiter befremden. Denn 1) ist was bei den Servituten in dieser Hinsicht Rechtens ist, auf die Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte noch nicht sofort zu übertragen. Dort kommt es nur darauf an: ob das *ius* seruitutis. mit einem Gebäude verbunden ist, und diesem zu Gute kommt, dann ist es immer seruitus urbana. Es ist einerlei, ob ich meine Scheure, meinen Stall, oder ein anderes Gebäude auf meines Nachbaren Grundstück stützen darf. Hier in materia pignoris taciti ist es noch nicht genug, daß dem Pachter Gebäude mit überlassen, und seine Geräthe darin eingebracht worden sind, sondern alles beruhet darauf, ob diese Gebäude *principaliter* gemiethet, oder nur *accessorie* neben der Hauptsache dem Pachter überlassen sind. Ist das Letztere, so richtet sich alles nach der Natur des principalis, und daher ist es zu erklären, warum in L. 4. §. 1. D. In quib. caus. gesagt wird, daß die stabula eigentlich nicht zu den urbanis gehören, indem von solchen die Rede ist: quae non sunt in continentibus aedificiis, sed a caeteris aedificiis separata sunt. Wie aber, wenn das Erstere eintritt und diese, an sich zwar zum praedio rustico gehörenden, oder wenigstens doch mit keiner Stadtwohnung verbundenen Ställe und Scheuren ganz allein (principaliter) vermiethet würden? Dann, sagen die Gesetze, gilt von ihnen quoad causam taciti pignoris eben dasjenige, was von praediis urbanis verordnet ist.

§. 2.

So ausgemacht inzwischen die Regel ist, daß dem Verpachter eines praedii rustici an den mitgebrachten Geräthen des Pachters kein gesetzliches Pfandrecht zustehe, so scheint doch L. 5. C. de locato conducto derselben eine Ausnahme und Einschränkung zu geben. Das Gesetz lautet also: *Certi iuris est, ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris iure tenentur.* Ueber den Sinn dieser Stelle sind die Ausleger sehr uneinig; vielleicht haben sie aber selbst ein an sich nicht dunkles Gesetz durch mancherlei Wendungen zweideutig gemacht[2]). **Accursius**[3]), **Sichard**[4]), **Treurler**[5]), **Brunnemann**[6]), **Schoepfer**[7]) und verschiedene andere Rechtsgelehrte haben behauptet, daß dieses Gesetz die sogenannten inuecta et illata dem Pfandrechte des Verpachters gleichfalls unterwerfe, wenn nur die Illation ihm nicht verborgen geblieben, sondern zu seiner Wissenschaft gekommen sein sollte. Wozu, sagen sie, sonst die Worte, *quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis scientia domini?* Folgt nicht offenbar daraus,

daß

daß im entgegengesetzten Falle, wenn von einem Landguthe die Rede ist, die bloße Kenntniß des Verpachters von der geschehenen Einbringung der Sachen zum Pfandrechte hinreichend sei?

2) N' arrive-t-il pas souvent, qu'un homme, d'une capacité ordinaire, lisant une passage de l'Ecriture, ou une loi, l'entend fort bien, jusqu'a ce, qu' il ait consulté un interprete ou un avocat, qui apres avoir employé beaucoup de temps a expliquer ces endroits, fait en sorte, que les mots ne signifient rien du tout, ou qu'ils signifient tout ce qu'il lui plait. LOCKE de l' Entendement Liv. 3. ch. 10. §. 12. Selbst unser JVSTINIAN druckt sich in seiner Instruction zur Fertigung der Pandekten hieruber also aus: *Per contrarias interpretantium sententias totum ius pene conturbatum est. Const.* Deo autore §. 2.

3) ad L. 4. D. in quib. caus. pign.

4) ad Rubr. C. de pignorib.

5) Vol. 1. Disp. 6. th. 3. Vol. 2. D. 1. th. 4.

6) ad L. 5. C. de loc. cond. et L. 2. D. in quib. caus.

7) Lib. 20. Synops. Tit. 2. n. 4.

§. 3.

Allein das Unzutreffende dieser Erklärung fällt in die Augen. Schon der Anfang des Gesetzes: *Certi iuris est*, zeigt deutlich, daß wir hier keine

neue Verordnung, wodurch eine legale Hypothek eingeführt werden sollte, sondern vielmehr ein, auf bereits bekannten Gesetzen ruhendes Erkenntniß vor uns haben. Nun ist im ganzen Römischen Recht keine einzige Stelle anzutreffen, die dem Verpachter darum schon ein Pfandrecht an des Pachters Geräthen zueignete, weil er es gewußt hätte, daß sie in das Guth gebracht worden, sondern alle in dieser Absicht vorhandenen Gesetze nehmen ausdrücklich bei Bauergüthern die mitgebrachten Sachen des Pachters von solchem Pfandrechte aus, es wäre denn durch Verabredungen ausbedungen und bewilligt worden [8]). Diejenige Erklärung also, deren Resultat nicht nur den übrigen vom Pfandrechte des Verpachters redenden Gesetzen, sondern auch aller Analogie der Rechte [9]) entgegen gehet, ist nicht füglich als die richtige anzunehmen [10]) *a*).

8) **Westphal** vom Pfandrecht §. 102. wo man sämmtliche hieher gehörigen Stellen antrifft.

9) REINHARD BACHOV ad Treutlerum Vol. 2. Disp. 1. thes. 4. ibi: nec quisquam dixerit, colonum aliquid inuecturum necesse habere, desuper interpellare dominum, et posset vtique colonus captatis occasionibus vespertino tempore vel absente domino res necessarias inferre, et omnino *scientia* ab obligatione pignoris plane est remota.

10) *a*)

10) *a*) Der Anhang: quando autem domus locatur, non est necessaria scientia domini, ist ein sehr schwacher Grund jener Auslegung. Ich will mich bei der Conjectur nicht einmal aufhalten, daß man auch hier den Ausdruck scientia eben so gut, wie in andern Gesetzen, pro voluntate nehmen könnte. **Ulpian** wenigstens sagt L. 1. §. 1. D. si familia furtum: *Is autem accipitur scire, qui et potuit prohibere, scientiam enim spectare debemus, quae habet et voluntatem.* add. L. 3. 4. de noxal. act. L. 45. ad L. aquil. L. 1. C. de relat. Und wenn **Virgilius** Aeneid. X. 907. schreibt:

Iuguloque haud inscius accipit ensem;

So merket **Gerard Noodt** Comm. ad Pand. Lib. 26. Tit. 7. Oper. omn. T. 2. p. m. 429. aus dem **Servius** ganz richtig an: Litotes figura est. Non enim dixit non ignarus, sed expectans omnibus votis. Genug, daß nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes bei Landgüthern die Illation *voluntate* domini geschehen sein soll, und wenn gleich bald darauf gesagt wird, daß bei vermietheten Stadtwohnungen nicht einmal scientia domini erforderlich sei, so würde es doch allen Regeln der Auslegungskunst zuwider laufen, wenn man hieraus, ohne auf die Anfangsworte der Constitution weiter Rücksicht zu nehmen, schließen wollte, daß bei praediis rusticis die bloße Wissenschaft des Verpachters auch da genüge, wo doch der Kaiser ausdrücklich voluntatem voraussetzet.

§. 4.

§. 4.

Die mehrsten Rechtsgelehrten sind daher der Meinung, daß in dem Gesetze, womit wir uns beschäftigen, von einer ausdrücklichen Verpfändung die Rede sei, und die Worte: *voluntas*, *scientia*, nichts anders als einen wirklichen Vertrag andeuteten, worin der Pachter seine Habseligkeiten namentlich verpfändet habe [10]) *b*). Der Sinn der Constitution würde also, nach der Erklärung **Westphals**[11]), dahin gehen: Bey Bauergüthern ist es ausgemacht, daß die Geräthschaften mit Pfandrecht behaftet sind, wenn sich die Pachter mit den Eigenthümern ausdrücklich darüber einverstanden haben, bey Stadtgrundstücken aber ist dergleichen Einverständniß nicht nöthig.

10) *b*) Unter Andern lehren dieses IACOB. CVIACIVS ad §. 7. I. de actionibus, vorzüglich aber ad L. 4. D. de pactis. ARNOLD VINNIVS ad §. 8. I. de act. n. 9. VLRIC. HUBER Praelect. Lib. 20. T. 2. §. 9. HERRMANN VVLTEIVS Iurisprud. Rom. edit. Estor. §. 1693. MATTH. WESENBEC. Lib. 20. Dig. Tit. 2. §. 2. AMADAEVS ECKOLT ad Pand. eod. §. 3. IOH. VOET ad Pand. eod. §. 2. Non autem ex multitudine auctorum, quod melius et aequius est, iudicatote. cit. Const. Deo auctore §. 12. Nam et labuntur aliquando, et oneri cedunt, et indulgent ingeniorum suorum voluptati,

nec

nec semper intendunt animum, quum Ciceroni interdum dormitare Demosthenes, Horatio vero Homerus ipse videatur. QVINCTIL. Lib. 10. Instit. orat. Cap. 1.

11) a. a. O. p. 155.

§. 5.

Diese Meinung, ob sie gleich mehrern Schein als die vorige hat, ist nichts desto weniger manchen Schwierigkeiten unterworfen. Schon Andere haben dagegen erinnert, daß eine so klare, nicht dem geringsten Zweifel unterworfene Rechtsfrage: **Ob nämlich der Verpachter durch ausdrückliche Verabredung ein Pfandrecht erhalten könne?** keiner höhern Entscheidung bedurft haben würde [12]), ein Einwurf, der dadurch noch mehr geschärft werden könnte, daß, wenn auch dergleichen unbedeutende Anfrage an den Fürsten gelangt wäre, dennoch die darauf erfolgte Antwort nicht wol eine Stelle im Gesetzbuche verdient haben würde. Allein ich trage doch Bedenken, dieses Argument ganz zu dem Meinigen zu machen; indem einestheils kein Widerspruch darin liegt, daß klare Rechtsfragen endlich an den Kaiser selbst zur Entscheidung gebracht werden, wie denn auch noch in unsern Tagen durch Eigensinn und Streitliebe die Regierungen oft mit Sachen belästigt werden, die der unterste Unterrichter hin-

hinlänglich im Stande wäre zu schlichten, anderntheils aber weil man mehrere Constitutionen der Fürsten, ob sie gleich nur Rechtssätze, die längst vorher schon bekannt waren, in sich fassen, nichts destoweniger in den Codex aufgenommen findet [13]). Inzwischen sind doch noch Gründe genug gegen die gedachte Auslegung vorhanden.

12) I. I. E. PÜTTMANN Lib. 2. aduersarior. iuris uniuersi cap. 6. p. 76. ibi: Imperator non nisi inepte consultus fuisset, aut respondisset, super ea quaestione: an inuecta in praedium rusticum conuentione pignoris expressa obligentur?

13) L. 2. C. de contrah. emt. vend. Emtionem et venditionem consensum desiderare, nec furiosi ullum esse consensum manifestum est. L. 7. C. de rei vindicatione. Partum ancillae matris sequi conditionem explorati iuris est. L. 11. C. si certum petatur. L. 6. C. de pact. L. 13. C. mandati u. a. m.

§. 6.

Der Imperator unterwirft diejenigen Illata dem Pfandrechte, quae voluntate dominorum coloni INDVXERVNT. Die Einbringung der Sachen

Sachen selbst soll also voluntate domini geschehen sein. Daß dieses 1) ganz etwas anders im Munde führe, als wenn die Worte so lauteten: quae nominatim et expresse oppignorata sunt, wird die juristische Empfindung und Sprachkunde des Lesers bezeugen. Denn wenn auch der Pachter seine inferenda ausdrücklich verpfändet hat, so hängt es ja doch noch immer von seiner Willkühr ab, ob und welche Sachen er danächst wirklich in das Guth bringen will [14]); man kann also nicht behaupten, daß, weil dem Verpachter ein Pfandrecht an den illatis versichert worden, die **Illarion selbst**, voluntate eius geschehen sei. Folglich würde der Imperator, wenn er mit den Worten, quae voluntate dominorum coloni induxerunt, nichts anders, als eine nahmentliche Verpfändung hätte andeuten wollen, das wahre Object der Entscheidung ganz unrichtig angegeben, und schief gestellt haben, was doch gerade von dem Urheber unsers Gesetzes, **Alexander**, dem die Geschichte das Zeugniß giebt, daß er der Rechtspflege eine ganz vorzügliche Sorgfalt gewidmet habe, am wenigsten zu vermuthen ist [15]). Hätten 2) die Coloni, deren das Gesetz erwähnt, ihre Sachen ausdrücklich verpfändet gehabt, so konnte es ja in die Entscheidung keinen Einfluß haben, ob sie solche voluntate domini **eingebracht**

hatten,

hatten, indem des letztern Pfandrecht alsdann durch ausdrückliche Verabredung schon hinlänglich begründet gewesen wäre, ohne daß es einer Rücksicht auf die Frage, ob die wirkliche Einbringung voluntate locatoris veranstaltet worden sei? bedurft hätte. Sollte nicht vielmehr einem Jeden der Gedanke hiebei natürlich werden, daß der Gesetzgeber, wenn er von einer expressen Hypothek hätte verstanden sein wollen, solches geradezu ausgedruckt, keinesweges aber, mit Uebergehung des eigentlichen Grundes derselben, einen andern Umstand bemerkt haben würde, woraus sie in solchem Fall gar nicht herzuleiten war. Da nun aber gleichwol der Grund des Pfandrechts, wie der Augenschein ergiebt, darin gesetzt wird, quoniam coloni res suas voluntate dominorum INDVXERVNT, so kommt es auf alle Fälle 3) bloß darauf an, ob man hierin, wie es wörtlich da stehet, ohne den Fall einer ausdrücklichen Verpfändung, wovon im Gesetze kein Wort vorkommt, anzunehmen, ein hinreichendes Fundament des Pfandrechts erkennen könne? Da nun dieses, wie unten §. 13. mit mehrern gezeigt werden wird, sehr gut angehet, so ist gar kein Grund vorhanden, der uns bestimmen könnte, eine andere, noch dazu sehr unbequeme Auslegung vorzuziehen [16]).

14) L. 11. §. 2. Qui pot. in pignore.

15) LAMPRIDIVS in vita Alexandri c. 10. ibi: Leges de iure populi et fisci moderatas et infinitas sanxit, *nec ullam constitutionem sacrauit sine viginti iuris peritis.* Man wird dieses Collegium der Rechtsgelehrten desto ehrwürdiger finden, wenn man die berühmtesten Juristen darin antrifft. IOHANN CLERICVS in Comp. Histor. univers. p. m. 119. hat einige derselben genannt: Alexander princeps optimus, schreibt er, Iureconsultorum vtebatur consilio, inter quos emicuere Ulpianus, (vid. L. 4. C. de loc. cond.) Pomponius, Celsus, Modestinus, Paullus, Proculus, et Venuleius.

16) Si nulla adsit conjectura, quae ducat alio, verba intelligenda sunt ex proprietate populari. HVGO GROTIVS Lib. 2. de iure B. et P. c. 16. §. 2.

§. 7.

Von diesen bisher angeführten Meinungen über den Sinn des Gesetzes geht **Pürtmann** [17]) gänzlich ab. Er versteht unter den colonis, von denen gesagt wird, daß sie voluntate dominorum Sachen eingebracht hätten, nicht die Pachter selbst, wie man sonst immer angenommen hatte, sondern die Knechte derselben, und giebt daher folgende Erklärung der gesetzlichen Stelle: Quaerebatur scilicet, an ea, quae coloni scientibus volentibusque dominis *suis* in fundum conductum ea lege, ut

Bayerische Staatsbibliothek München

pignoris loco essent, induxerint, domino praediorum pignoris iure teneantur? Et respondet Imperator: certi iuris esse, ea quae voluntate dominorum (non fundi, ut adhuc omnes, quos ea de re consului, intellexerunt, sed) coloni in fundum conductum ea scilicet lege, ut mercedis nomine obligarentur, (quod Imperator, quia de eo haud dubitabatur, praetermisit) inducta fuerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. En uti dominos coloni a dominis praediorum disertis verbis distinxerit!

17) Lib. 2. Aduersar. iur. vniu. c. 6.

§. 8.

Gegen dieſe Erklärnng läßt ſich aber, wie ich glaube, folgendes einwenden. Wenn man bisher unter den dominis, deren in L. gedacht wird, die Verpachter verſtanden hat, ſo iſt 1) dieſe Bedeutung der gewöhnlichen Sprache unſerer Geſetze, wie aus mehrern Stellen deutlich erhellet [18]), ganz angemeſſen, und die gegenwärtige Conſtitution enthält im Uebrigen nichts, was uns beſtimmen könnte, von ſolcher Bedeutung abzuweichen [19]). Hätte 2) der Imperator den dominum colonorum, und den dominum fundi, wie **Pütmann** ſchreibt, disertis verbis unterſcheiden wollen, ſo hätte es das

erſte

erste Mal heißen müssen: quae coloni induxerunt voluntate dominorum *suorum*; allein diesen Charakter vermißt man gänzlich, und mit ihm die so **ganz genaue** Unterscheidung der Eigenthümer, welche **Pütrmann** in dem Gesetze finden will. Sieht man aber 3) auf den übrigen Inhalt des Gesetzes, so wird es noch deutlicher, daß die Worte unmöglich in dem Verstande, als er sie erklärt, genommen werden können. Denn dadurch, daß die Knechte des Pachters mit seinem Willen etwas in den gepachteten fundum bringen, entsteht noch nicht eo ipso ein Pfandrecht, wenn es sonst nicht verabredet worden ist. Gleichwol wird in unserm Gesetze die Hypothek daraus hergeleitet, weil die Sachen voluntate domini **inferirt** worden. Um dieser Schwierigkeit auszuweichen, gedenkt **Pütrmann** sich die von den colonis geschehene Einbringung der Sachen: ea lege, ut mercedis nomine obligarentur; allein von diesem willkürlichen Zusatze ist in dem Gesetze selbst nicht ein Wort enthalten, und ohne Noth sind dergleichen Mittel nicht zu gebrauchen. Endlich läßt sich 4) die Püttmannsche Erklärung dadurch am besten widerlegen, wenn der Imperator, nachdem er von praediis rusticis verordnet hatte, daß die Sachen, quae voluntate domini inductae fuerint, zum

Unterpfande dienen sollten, folgendes hinzufügt: quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia *domini*. Daß nun hier eben ein solcher Eigenthümer verstanden werde, als derjenige, von dem es kurz vorher hieß, quod eius voluntate res inductae sint, lehrt der Augenschein, und die ganze Connexion des Gesetzes, indem das praedium rusticum und urbanum einander darin entgegengestellt werden, daß bei jenem voluntas domini etwas bewürke, wozu bei diesem die Scienz desselben nicht einmal erforderlich sei. Soll also der Pachter selbst unter dem Eigenthümer verstanden werden, so würde aus **Pürtmanns** Erklärung folgen, daß bei einer Stadtwohnung der Vermiether auch an denjenigen Geräthen des Miethmannes ein Pfandrecht überkomme, welche von den Dienstleuten des letztern wider Willen und Wissen ihres Herrn in die Wohnung gebracht wären [20]). Es bedarf wol keiner Erinnerung, daß der Kaiser diesen Gedanken unmöglich habe hegen können, da die Gesetze bei Stadtgrundstücken ausdrücklich erfordern, daß die Illation von dem Miethsmanne **in der Absicht, die Sachen bei sich zu behalten,** geschehen sei [21]), viel weniger also ein Pfandrecht Statt finden kann, wenn die Einbringung ihm selbst nicht einmal wissend geworden sein sollte. Der

fernere

fernere Inhalt der Constitution ist also mit jener Meinung **Pürrmanns** nicht füglich zu vereinigen, und hierauf muß doch bei der Auslegung eines Gesetzes vorzüglich Rücksicht genommen werden, wie schon **Cicero** [22]) sehr richtig anmerkte: Ex superiore, et ex inferiore scriptura docendum, id quod quaeratur, fieri perspicuum. Quare si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia aut pleraque ambigua visum iri. Quae autem ex omni considerata scriptura perspicua fiant, haec ambigua non oportere existimari.

18) L. 14. L. 15. §. 4. et 8. L. 19. §. 2. 3. 5. D. L. 3. C. Locati cond.

19) Cauendum est vero, ne notiones nostras mutuo veteribus demus, deinde ex notionibus illis de eorum sermone iudicemus. IOH. CLERICVS in arte critica P. 2. C. 2. §. 11.

20) **Püttmann** findet zwar kein Bedenken, an dieser Stelle unter dem domino wiederum den Vermiether zu verstehen; allein dann sehe ich nicht, wie der Nachsatz auf die vorhergehenden Worte (so wie sie nämlich von ihm erklärt sind) passen könne. Der Ausdruck: quando *autem* domus locatur, und die sodann folgende Verneinung: non est necessaria scientia domini, zeigen es deutlich, daß beim praedio urbano das nicht erforderlich sein soll, was vorher beim praedio rustico vorausgesetzt worden, nämlich die mehrgedachte voluntas

domini. Hierunter kann also, wenn man den ganzen Zusammenhang des Gesetzes nicht beleidigen will, unmöglich das erstemal der Pachter, und das zweitemal der Verpachter verstanden werden. Omnis enim scriptor sibi constare velle existimandus est, ne ea protulisse videatur, quae inter se non cohaerent. EKHARD Lib. 1. Hermeneut. iur. C. 1. §. 14.

21) L. 7. §. 1. D. in quib. caus. pign.

22) Lib. 2. de inuentione rhetor. cap. 40.

§. 9.

Die bisher angeführten Erklärungen sind demnach, wenn man das Gesetz seinem ganzen Inhalte nach prüfet, nicht füglich anzunehmen. Es ist aber noch eine Meinung übrig, die man zur Zeit als eine bloße Muthmaßung betrachtet, und gleichsam nur beiläufig angeführt, keinesweges aber, so viel mir wissend ist, gehörig aus einander gesetzt hat. Und gleichwol ist es gerade diejenige Auslegung, von der man nach allen hermeneutischen Regeln mit ziemlicher Gewißheit behaupten kann, daß sie den Sinn des Gesetzgebers am richtigsten darlegt.

§. 10.

Zur Errichtung eines Pfandrechts ist bekanntlich nicht durchaus nothwendig, daß der Schuldner

seine

seine Güter **nahmentlich** und **ausdrücklich** verpfände. Auch die stillschweigende Einwilligung desselben ist hinreichend [23]), so, daß jede Verwillkührung, jede Handlung des Schuldners [24]), woraus die Absicht, seine Güther dem Gläubiger zur Sicherheit anweisen zu wollen, hervorleuchtet, ein vollgültiges Pfandrecht bewirkt [25]), obgleich hievon ausdrücklich gar keine Erwähnung geschehen ist [26]). Die Gesetze wollen schlechthin in diesem Punkte mehr auf die wahre Absicht und Willensmeinung der Parteien, als auf den wörtlichen Ausdruck gesehen wissen.

23) AVGVSTIN LEYSER Spec. 223. m. 3. L. 219. D. de Verb. Signif.

24) L. 5. §. 2. D. in quibus causis pignus etc.

25) ERXLEBEN de Pignoribus §. 46. 47. 48.

26) L. 9. C. quae res pignori. Quum sit iustum, voluntatem contrahentium magis, quam verborum conceptiones inspicere.

§. 11.

Ein solches Pfandrecht, welches dem Gläubiger zwar nicht nahmentlich ertheilt worden, jedoch in einer sonst klar zu Tage liegenden Einwilligung gegründet ist, und von den Gelehrten daher pignus tacitum *conuentionale* genannt wird [27]), findet unter andern Statt, 1) wenn der Schuldner aus

gewissen Gütern dem Gläubiger seine Bezahlung verspricht [28]), 2) wenn er dem letztern seiner **Forderung wegen** den Besitz einer Sache einräumet [29]), besonders 3) wenn der Verpachter dem Miethsmanne der aufgewandten Kosten wegen den Besitz der Sache so lange, bis er deshalb befriedigt worden, einräumt [30]), 4) wenn der Eigenthümer, dessen Sache von einem andern verpfändet worden, nachdem er solches erfahren hat, für den Schuldner Bürge wird [31]), 5) wenn der Schuldner dem Gläubiger die Befugniß ertheilet, gewisse Sachen zum Verkauf zu bringen, sobald die Zahlung zur rechten Zeit nicht erfolgte, so wird angenommen, daß solche Sachen wirklich verpfändet worden *). 6) Wer eine Urkunde, darin seine Sachen von einem andern verpfändet werden, ohne Widerspruch schreibt oder unterschreibt, dessen Handlung wird als ein Merkmal seiner Genehmigung angesehen **). Daher auch insbesondere 7) mit Recht angenommen wird, daß ein Agnat in die Verpfändung des Lehns gewilligt habe, wenn er Ehepacten, worin diese Verpfändung vorkommt, mit unterschreibt ***). In allen diesen, und mehrern Fällen ähnlicher Art, fehlt zwar die ausdrückliche Erwähnung eines Unterpfandes, allein man sieht doch offenbar, daß im Grunde die Absicht der Parteien auf nichts anders gegan-

gegangen sei, und man kann daher dem Gläubiger solches beizulegen nicht das mindeste Bedenken finden.

27) IOH. NIC. HERTIVS de pignore conuentionali tacito in Eius Opusc. T. 3. Vol. 2. Der Ausdruck pignus tacitum bedeutet 1) ein gesetzliches Pfandrecht, ist hier aber der Sache nicht recht angemessen, wiewol das Römische Civilrecht die eigentlich durch das Gesetz eingeführten Hypotheken, ursprünglich als Folgen der stillschweigenden Vereinbarung der Parteien annahm. L. 3. und 4. D. in quibus causis pign. vel hypoth. tac. contrah. 2) eine Verpfändung, wozu Jemand durch Handlungen seine Einwilligung erklärt hat, 3) diejenige Verpfändung, die zwar aus wörtlicher Erklärung hergeleitet wird, bei der aber nahmentlich eines Pfandes oder einer Hypothek nicht erwähnt ist. MEVIUS Decis. VIII. 49.

28) MEVIUS P. 7. D. 49.

29) LEYSER loco citato. PETR. FRIED. MINDANVS behauptet zwar P. 1. Cons. Sax. 171. das Gegentheil, allein ohne Grund. An sich ist auch nicht abzusehen, warum die stillschweigende Einwilligung nicht beides, Hypotheken und handhabende Pfänder, begründen sollte. Ob aber das eine oder das andere in vorkommenden Fällen wirklich Statt finde, ist eigentlich quaestio facti, und aus den Umständen nach der Absicht der Parteien zu bestimmen. Daß L. ult. C. Quae res pign. nur der Hypothek erwähnte, gründete sich offenbar in dem besondern Rechtsfalle, den die Constitution

gerade zu entscheiden hatte. I. H. BOEHMER Diss. de diuerso pignoris et hypothecae iure Cap. 2. §. 9. Exercitat. ad D. III. konnte daher in diesem Betrachte nicht füglich einen Unterschied inter pignus et hypothecam annehmen; wenigstens hat er sich nicht bestimmt genug über die Sache erklärt.

30) ERXLEBEN cit l. *Hert.* c. l. §. 11.

31) L. 5. §. 2. D. in quib. caus. *Hert.* l. c. §. 12.

*) L. 3. §. vlt. D. qui pot. in pign. VOET ad Pand. XX. 2. 1.

**) L. 26. §. 1. D. de pignor. et hypoth. *Voet* loco cit.

***) PVFENDORF Tom. III. Obs. 144. G. L. BOEHMER in Compend. iur. feud. Ed. 2. §. 318. Beiträge zur juristisch. Litterat. in den Preuß. Staaten, 2te Samml. pag. 121.

§. 12.

Gesetzt nun, der Pachter eines praedii rustici habe zwar seine inuecta et illata nicht ausdrücklich verpfändet, gleichwol aber sich anheischig gemacht, **gewisse Sachen in das Gurh zu bringen,** und zwar so, daß die Absicht der Contrahenten, das Pachtgeld dadurch zu sichern, keinen Zweifel gestattet, so ist es schon nach der eben vorgetragenen, und mit andern Beispielen erläuterten Theorie der Rechte, nicht zu bestreiten, daß erwähnte Sachen, so bald sie eingebracht worden, dem Verpachter

zum

zum wirklichen Unterpfande gereichen. Soll nämlich auf den Willen des Verpfänders vorzüglich Rücksicht genommen werden, so ist es gleichgültig, ob er denselben mit ausdrücklichen Worten, oder sonst an den Tag geleget hat [32]), und mit Recht schreibt daher **Franciscus Balduin** [33]): Quum dominus ait, velle se, ut colonus eas res inferat, et ea conditione locat, non obscure videtur de earum pignore conuenire. Quorsum enim alioquin id paciscitur? Quum igitur satis adpareat, hoc actum esse, placet quod quidam sentiunt, tali conuentione pignus contineri.

32) Vortreflich sagt CICERO cap. 20. pro CAECINA: Quid? verbis satis hoc cautum erat? minime. Quae res igitur valuit? Voluntas; quae si tacitis nobis intelligi posset, verbis omnino non uteremur, quia non potest, verba reperta sunt, non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem — und ferner: id verum, id aequum, id utile omnibus, spectari, quo *consilio*, et qua *sententia*, non quibus quidque verbis esset actum.

33) Comm. de pignor. et hypoth. c. 6.

§. 13.

Und von diesem Falle, glaube ich, ist in L. 5. C. de locato conducto einzig und allein die Rede. Man braucht nur, um sich davon zu überzeugen,

die

die Worte des Gesetzes, so wie sie da stehen, in eigenthümlicher Bedeutung zu nehmen. Der Imperator sagt: ea, quae voluntate dominorum coloni induxerint. Wollen wir uns hierunter nichts anders gedenken, als was der Text klar enthält, so versteht sich, daß die Induction der Sachen selbst voluntate domini geschehen sein soll. Es entsteht demnach zuvörderst die Frage, wann sich dieser Fall behaupten lasse? Angenommen, daß von Dingen, wobei unser Wille gar nicht mitwirkt, noch in Betrachtung kommt, keinesweges gesagt werden kann, daß sie voluntate nostra geschehen, so ist solches nach der Natur des Pachtcontractes sehr bald entwickelt. Da nämlich der Conductor in der Regel freie Macht hat, seine Sachen in den fundum bringen zu lassen, ohne den Guthsherrn darum befragen zu dürfen [34]); so kann voluntas hier nicht, wie in andern Gesetzen [35]) pro patientia eius, qui prohibere potuerit, genommen werden. Wiederum hat der Verpachter an sich kein Recht, den Pachter zur Illation seiner Sachen zu zwingen [36]). Was bleibt also übrig, um sagen zu können, daß die Sachen voluntate locatoris **eingebracht** worden? Nichts anders, als der Fall, wenn der Verpachter sich solches ausdrücklich ausbedungen, und vom Pachter hat versprechen lassen; denn sonst käme ja,

wie

wie gesagt, sein Wille gar nicht in Betrachtung [37]). Von solchen rebus voluntate domini inductis, heißt es nun im Gesetze: certi iuris est, ea pignoris iure teneri; ganz in Gemäßheit der oben vorgetragenen rechtlichen Theorie. Denn da die Wirklichkeit des Pfandrechts nicht sowol von den Worten, als vielmehr von der wahren Meinung beyder Theile abhängen soll, so konnte der Imperator kein Bedenken tragen, dem Verpachter solches beizulegen. Hierauf fährt er fort: quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris iure tenentur; d. i. bei einer vermietheten Stadtwohnung, kommt es hierauf gar nicht an, indem der Vermiether an den eingebrachten Sachen, er mag sich darum bekümmert haben oder nicht, allemal schon ein gesetzliches Pfandrecht behauptet. Freilich würde auch hier das pactum de inferendo nicht ganz ohne Nutzen sein, indem der Vermiether sodann ein erworbenes Recht hätte, von dem Miethsmann die wirkliche Einbringung zu verlangen; allein das Pfandrecht an sich braucht daraus nicht hergeleitet zu werden, weil es ipso iure Statt findet, daher heißt es, non est *necessaria* scientia domini etc. Wir mögen nun übrigens an dieser Stelle das Wort, scientia, wie es in den Gesetzen nicht ungewöhnlich ist

(§. 3.

(§. 3. n. 10.), pro voluntate nehmen, oder eine bloße Wissenschaft darunter verstehen, so ist der Zusammenhang des Gesetzes doch immer gerettet. Hält nämlich der Imperator bei Stadtgrundstücken sogar die Scienz des Vermiethers, zur Wirkung des Pfandrechts nicht einmal nöthig, so ist es desto gewisser, daß auch der Wille desselben dazu nicht erfordert werde.

34) REINHARD BACHOV ad TREVTLERVM Vol. 2. Disp. I. th. 4.

35) L. 7. §. 1. D. ad S. C. Maced. L. 4. C. de fideicomm. libertat.

36) L. 5. C. in quibus caus. pignus.

37) L. 209. de V. S.

§. 14.

Nimmt man nun diese Erklärung des Gesetzes an, wie sie denn in der That dem ganzen Inhalte desselben aufs genaueste angemessen ist, und sich gleichsam von selbst darbietet [38]), so ist nicht nur alle Schwierigkeit, in Ansehung der gewöhnlichen Lehre vom Pfandrechte des Verpachters, aus dem Wege geräumt, sondern auch der anscheinende Widerspruch der Gesetze völlig gehoben. Es bleibt bei der Regel, daß der locator praedii rustici bloß an den Früchten ein gesetzliches Pfandrecht habe, in

An-

Ansehung der Sachen des Pachters aber die Einwilligung des letztern erforderlich sei. Denn ob diese ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, ist einerlei. Die Einwürfe, welche der Meinung, daß in L. 5. C. de locato conducto von einer nahmentlichen Verpfändung die Rede sei, entgegen stehen, können unsere Erklärung gar nicht treffen, auch derjenige nicht einmal, daß eine gar keinem Zweifel unterworfene Rechtsfrage nicht füglich das Object der Kaiserl. Constitution gewesen sein könne. Denn die Frage, ob Sachen, deren **Illation** der Verpachter sich ausbedungen hatte, demselben zum Unterpfande gereichen, wenn sie gleich nicht nahmentlich verpfändet worden? diese Frage ist doch wenigstens bei weitem so auffallend nicht [39]), als die andere: **ob nämlich** *per expressam conuentionem* **ein Pfandrecht entstehe?**

38) Selbst unter denjenigen Rechtsgelehrten, welche dafür halten, daß in L. 5. C. de loc. cond. von einer ausdrücklich geschehenen Verpfändung die Rede sei, haben einige geäußert, daß man allenfalls auch voluntatem locatoris de inferendo verstehen könnte. PETRVS MÜLLER in addit. ad STRVV. Exercit. 26. p. 28. behauptet zwar anfänglich: verbum voluntatis in d. l. 5. de conventione expressa super pignore explicandum; er fügt aber bald darauf hinzu: neque ineptum neque

stultum

ſtultum dicendum, intelligi posse in d. l. 5. directe et expresse pactum esse, de aliquo inferendo. Faſt eben ſo drückt ſich der oben angeführte BACHOV ad TREVTLER. Vol. 2. D. 1. th. 4. hierüber aus: Verbum voluntatis de conuentione expressa super pignore explicandum eſt. Dari autem posset media sententia, ut conuentione de inferendo colligatur tacitum hypothecae pactum. *Sam.* de COCCEII Lib. 20. Iur. Contr. Tit. 2. qu. 14. ſcheint ganz dafür zu ſein, wenn er ſchreibt: Si dominus voluit rem inferri, nulla alia ratio dari poteſt, quam quod securitatis causa id voluerit.

39) Da ſie aber gleichwol nach Gründen, die oben bemerkt worden ſind, allerdings zu bejahen iſt, ſo bedient ſich auch eben darum der Imperator des Ausdrucks: *certi iuris eſt etc.* Inzwiſchen hat es doch allemal ſeinen Nutzen, wenn Rechtswahrheiten, die man bisher nur aus der Analogie herleiten konnte, durch den Buchſtaben des Geſetzes zur völligen Gewißheit erhoben, und allem Streit entriſſen werden; die vorliegende Conſtitution aber wird uns nach gegenwärtiger Erklärung deſto intereſſanter, als dadurch zu der ohnehin noch nicht vollſtändig entwickelten Lehre, vom ſtillſchweigenden Conventionalpfandrechte, ein Beitrag geliefert wird.

§. 15.

§. 15.

Der Grund dieses dem Verpachter zustehenden Pfandrechtes ist, weil man voraussetzt, daß die Contrahenten solches in der That bei der Verabredung, gewisse Sachen zu inferiren, beabsichtiget haben. So bald dieser Grund nicht vorhanden ist, fällt auch natürlich das Pfandrecht hinweg. Ist demnach 1) ein anderer Endzweck der bedungenen Einbringung ausdrücklich bestimmt, so behält es dabei sein Bewenden, und die Sache entscheidet sich von selbst [40]). Eben so verhält es sich, wenn 2) aus allen Umständen zu ersehen ist, daß die Absicht der Parteien nicht sowol auf Verpfändung, als vielmehr auf einen andern Zweck gerichtet gewesen sei. Dem Guthsherrn liegt unstreitig viel daran, daß die Wirthschaft vom Pachter ordentlich betrieben werde, damit das Land nicht außer Cultur gerathe, und seinen Werth dadurch verliere. Die Erfahrung bestärkt den Ausspruch des Dichters:

Neglectis urenda filix innascitur agris [41]).

Und die Gesetze machen es dem Pachter besonders zur Pflicht, sich einer regelmäßigen und ordentlichen Oeconomie zu befleißigen [42]). Dazu ist er aber nicht im Stande, wenn ihm der erforderliche Viehbesatz, und die sogenannten Instrumenta rustica abgehen. Da nun der Eigenthümer nicht bloß auf

richtige Bezahlung des Pachtgeldes, sondern auch vorzüglich auf Erhaltung des Guths selbst Rücksicht zu nehmen Ursache hat, so kann es ihm nicht verdacht werden, ja er befolgt eine sehr nöthige Cautel, wenn er sich im Contracte ausbedingt, daß der Pachter jene Nothwendigkeiten nicht nur einbringen, sondern auch während der Pachtjahre ungeschwächt erhalten solle [43]). Es fragt sich aber, ob ihm an diesen, solchergestalt voluntate sua eingebrachten Sachen, vermöge L. 5. C. de loc. cond. ein Pfandrecht zustehe? Ich glaube mit Recht solches verneinen zu können. Denn hier liegt ja offenbar eine andere Absicht, die Erhaltung des Guthes nämlich, und damit dieses nicht durch unordentliche Wirthschaft verschlimmert werde, zum Grunde. Der Pachter wenigstens hat sich bei jenem Anverlangen des Verpachters mit Recht diesen Endzweck vorgestellt [44]), folglich läßt sich auch seine Verwillkührung auf nichts weiter ausdehnen, am wenigsten aber mit der geschehenen Einbringung der Sachen die Absicht solche zu verpfänden verbinden [45]).

40) Eo enim, quo paciscentes volunt, modo, non aliter obligantur. HOEPFNER Element. Iur. Civ. HEINECC. emend. §. 773. n. v. Z. B. Der Guthsherr hat für sich und die Seinigen gewisse Zimmer vorbehalten, und dabei ausbedüngen, daß der Pachter gute Meublen, Betten

u. d. m. dazu herbei schaffen solle, damit er (locator) sich derselben bedienen könne. Der sonstige bürgerliche Hausrath des Pachters (Friuola eiusdem, wie es Ulpian in L. 11. §. 5. D. de pignorat. act. nennet) ist aber zur standesmäßigen Aufnahme des Guthsherrn nicht hinreichend. Es werden daher besondere Sachen zu diesem Endzwecke eingebracht, voluntate domini inducta sunt, allein nicht in der Absicht ut pignoris iure teneantur. —

41) PERSIUS Sat. V. Nisi enim vomere secentur iugera, Cereris erunt ignara, nec rastro minus cultae vineae, Bacchi muneribus potiuntur. IOH. BALTHAS. ROTH Diss. de noualibus th. 1.

42) L. 25. §. 3. D. loc. cond. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet; et *ante omnia* colonus curare debet, ut opera rustica *suo quoque tempore* faciat, ne *intempestiua cultura deteriorem fundum faceret.*

43) Oeconomia Forens. Tom. 3. p. 83.

44) „Es wird vermuthet, schreibt **von Tevenar**, „daß Jemand durch eine ausdrückliche oder still„schweigende Handlung dasjenige zu erkennen „geben wollen, was dadurch gemeiniglich be„zeichnet wird." **Theorie der Beweise im Civilproceß** pag. 32.

45) CHRIST. THOMASIVS de remissione tacita pignoris per consensum in nouam oppignerationem §. 5. In quaestionibus enim de consensu tacito praesumitur quis in factis habuisse hanc intentionem, quam alias habere solent homines probi.

§. 16.

Soll also das Gesetz (5. C. de loc. cond.) Anwendung finden, und dem Verpachter eines praedii rustici an den eingebrachten Sachen ein Pfandrecht beigelegt werden, **weil er die Einbringung derselben gewollt hat;** so müssen es solche Dinge sein, die zur Wirthschaft selbst nicht gehören, die der Pachter haben, und nicht haben kann, ohne daß dem Guthe ein Vortheil oder Schade entstehe. Dann ist es klar, daß die Illation lediglich zur Sicherheit des Pachtgeldes verlangt sei; in andern Fällen aber würde der Grund des Gesetzes, mithin auch die Disposition desselben nicht Statt finden, sondern eine ausdrückliche Verpfändung zu diesem Zwecke nöthig sein.

2) Vom

2) Vom pignore tacito subsidiario, oder der stillschweigenden Willenserklärung der Contrahenten bei Verbindung einer allgemeinen und besondern Hypothek, und ob die daher entspringende exceptio excussionis nicht auch dem Schuldner selbst zu Statten komme?

Inhalt.

§. 1. Von der except. excuss. und deren Eintheilung in realem und personalem überhaupt.

§. 2. Allgemeine Regeln in Ansehung der Erstern.

§. 3. Aus dem Grunde derselben folgt, daß die exceptio excuss. auch in dem Falle Statt findet, wenn die allgemeine Hypothek selbst ex lege herrührt. Leyser wird widerlegt.

§. 4. Uebergang zu der Frage: ob diese exceptio excuss. dem Schuldner gestattet werden könne? Drei verschiedene Meinungen der Juristen in dieser Absicht werden angeführt.

§. 5. Zuvörderst aber der Status controversiae berichtigt.

§. 6. **Westphal** hält dafür, daß dem Schuldner dieser Einwand nie zustehe. Seine Gründe werden angeführt. Nachdem aber

§. 7. 8. 9. diese Gründe beantwortet worden, schreitet man

§. 10. zur Ausführung des Satzes, daß der Pfandschuldner sich allerdings der except. excuss. bedienen dürfe.

§. 11. Die natürliche Billigkeit unterstützt das Vorhaben des Schuldners.

§. 12. Die wahre Absicht und Willensmeinung der Contrahenten kommt ihm gleichfalls zu statten.

§. 13. Einem Einwurf hiegegen wird begegnet.

§. 14. Die Befugniß des Schuldners wird durch nähere Prüfung der hier eintretenden Fälle noch gewisser.

§. 15. Endlich entscheidet klare gesetzliche Vorschrift die Sache zum Beßten des Schuldners.

Das

§. 1.

Daß dem Pfandgläubiger, wenn er die Hypothek gegen einen dritten Besitzer verfolgt, mancherlei Einreden entgegen stehen, deren sich der Schuldner selbst nicht immer bedienen darf, ist an sich eine bekannte Sache. Vorzüglich gehört dahin die exceptio, oder das sogenannte beneficium excussionis, welches im Allgemeinen darin besteht, daß der Beklagte verlangen darf, der Kläger müsse zuvörderst auf einem andern Wege seine Befriedigung suchen, ehe und bevor er seine gegenwärtige Intention geltend machen könne. Da nun dieses, wie ein Jeder siehet, sich auf einer zwiefachen Art gedenken läßt: **Einmal**, wenn der Gläubiger auf **andere Sachen**, und **zweitens**, wenn er auf **andere Personen** verwiesen wird, so haben diejenigen nicht unrecht, welche die exceptio excussionis in Ansehung des Gegenstandes, worauf der Kläger zuvörderst verwiesen wird, in realem und personalem abtheilen [1]).

1) LEYSER *Spec.* 225. *Med.* 3.

§. 2.

Von der letztern ist hier die Rede nicht. Es fällt in die Augen, daß der Schuldner selbst keinen Gebrauch davon machen könne. Von ersterer hingegen gilt die Regel: Daß der Gläubiger, dem eine allgemeine, und besondere Hypothek ertheilt worden ist, vor allen Dingen die letztere verfolgen müsse, und dann erst, wenn diese zu seiner Befriedigung nicht hinreicht, die zur generellen Hypothek gehörenden Sachen in Anspruch zu nehmen, berechtigt sei [2]).

2) L. 2. C. *de pignorib.* Quamuis constet, specialiter quaedam, et uniuersa bona generaliter aduersarium tuum pignori accepisse, et aequale ius in omnibus habere; iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque, si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, uniuersum redigere debitum: ea, quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri praeses prouinciae iubebit. — L. 9. C. *de distr. pign.* Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis, et solemniter vendere. Ita enim adparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quodsi quid deerit, non prohibemini caetera etiam bona iure conuentionis consequi.

§. 3.

§. 3.

Der Grund dieser gesetzlichen Vorschrift liegt in der vermuthlichen Willensmeinung der Contrahenten, daß der Gläubiger **vorzüglich** aus der Specialhypothek seine Befriedigung wahrnehmen solle. Wozu sonst die besondere Verpfändung einer Sache, die schon unter dem allgemeinen Pfandrechte mit begriffen war? 3) Des Leysers 4) Meinung, daß obige Regel sodann wegfalle, wenn die allgemeine Hypothek aus Gesetzen herrührte, die besondere hingegen durch einen Vertrag mit dem Schuldner hinzugefügt wäre, ist nicht gegründet. Denn ob er gleich seinen Satz dadurch bestätigen will, daß der Gläubiger, dem die Gesetze selbst ein allgemeines Pfandrecht beilegen, aller Vermuthung nach, durch Hinzufügung des besondern Pfandes, seine Condition nicht habe verschlimmern wollen, welches doch offenbar geschehen würde, wenn der Creditor, dem vorher wegen der allgemeinen Hypothek die Wahl unter des Schuldners Güthern zustand, nunmehr gezwungen sein sollte, erst die besondere auszuklagen: so fällt doch bei näherer Prüfung dieser Grund gänzlich dahin, weil er 1) unter diejenigen Argumente gehört, welche **zu viel**, folglich gar nichts beweisen. Denn auch der Gläubiger, dessen **allgemeines** Pfandrecht nicht ex lege sondern ex conuentione herrührt, hat

die Wahl, welche Stücke er zuerst angreifen will [5]): man würde daher von ihm gleichfalls sagen können, daß er durch Annahme der besondern Hypothek seinen Zustand vermuthlich nicht habe verschlimmern wollen, und folglich wäre hiernach die erwähnte Regel ganz und gar außer Anwendung. Es leidet auch 2) die Sicherheit des Gläubigers im Ganzen genommen darunter eben nicht, daß er zuvörderst einen Versuch machen muß, ob er nicht durch das besondere Pfandstück befriedigt werden kann. Das übrige Vermögen des Schuldners bleibt ihm in subsidium allemal verhaftet. Und wenn auch 3) mit der vorläufigen Ausklagung des besondern Pfandes diese oder jene Unbequemlichkeit, vorzüglich mancher Zeitverlust verbunden ist, so kann doch der Gläubiger, da er einmal eine Specialhypothek neben der allgemeinen angenommen hat, den Folgen nicht ausweichen, welche nach Vorschrift der Gesetze aus dieser Handlung entspringen [6]). Volenti non fit iniuria. Hatte er gleich vermöge der allgemeinen Hypothek die freie Wahl unter des Schuldners Güthern, so wird doch Niemand leugnen, daß er an einen Vertrag, wodurch dieses Recht gewissermaßen eingeschränkt wird, vollkommen gebunden sei. Da nun überdem die Gesetze klar verordnen, daß die Verbindung einer besondern Hypothek mit der allge=

allgemeinen die Wirkung haben soll, daß der Creditor jene zuerst verfolgen müsse, so ist nicht abzusehen, warum dieses bei einem allgemeinen gesetzlichen Pfandrechte eine Ausnahme leiden sollte [7]).

[3]) **Westphal vom Pfandrechte. p. 88.**

[4]) LEYSER Spec. 225. Med. 7.

[5]) L. 8. D. de distr. pign.

[6]) *Argum.* L. 17. §. 3. D. Commodati. L. 11. 12. §. 1. D. de R. C. L. 7. §. 1. D. *qui satisd. cog.* L. 25. D. *de Adopt.*

[7]) **Westphal** l. c. pag. 90. ANT. FABER Error. Pragm. VI. 2.

§. 4.

Es fragt sich nunmehr: ob diese exceptio excussionis auch dem Schuldner selbst zu Statten komme, oder ob sie dem klagenden Gläubiger nur von dem dritten Besitzer entgegen gestellt werden dürfe? Hier giebt es vorzüglich drei verschiedene Meinungen der Ausleger. Darin sind 1) die mehrsten sich einig, daß der Schuldner auf das erwähnte beneficium gar keinen Anspruch machen könne, sondern gänzlich davon auszuschließen sei [8]). Einige unter diesen behaupten aber 2), daß selbst dem dritten Besitzer solcher Einwand nicht immer zustehe, sondern nur in dem Falle, wenn er die Specialhypothek des

Klä-

Klägers auch seiner Seits als Pfandgläubiger inne hätte 9). Endlich fehlt es aber auch 3) nicht an bewährten Rechtslehrern, welche hier den Schuldner in ihren Schutz nehmen, und ihm die gedachte Rechtswolthat einzuräumen, kein Bedenken finden 10). Ich glaube mich durch hinreichende Gründe rechtfertigen zu können, wenn ich den letztern in gewisser Hinsicht gleichfalls beitrete; nur wird es nöthig sein, durch folgende Berichtigung des eigentlichen Streitpunkts allem Mißverstande vorzubeugen.

8) VOET *Comment.* ad Pandect. Tit. de pign. et hypoth. §. 15. FABER in Codic. VIII. 6. 9. BRVNNEMANN ad L. 2. C. de pign. BERGER *in Elect. Disc.* for. p. 1630. HELLFELD iurisprud. forens. § 1084. WESTPHAL a. a. O. p. 88. Es wird genug sein, unter den vorzüglichsten einige genannt zu haben.

9) BRVNNEMANN ad L. 2. C. de pign. in fin. SOCINVS Vol. 2. Consil. 108. in fin. NEGVSANT *de pignorib.* P. 4. M. 1. n. 29. P. 5. M. 2. in fin. CONRADI in Dissert. de beneficio excussionis possessori hypothecae special. non competente.

10) IAC. CVIACIVS *Respons. Papin.* Lib. III. HARTM. PISTOR. P. III. *Quaest.* 13.

MEVIVS

MEVIVS P. II. Dec. 116. 117. P. IV. Dec. 48. SCHAVMBVRG in not. ad STRVVII iurispr. forens. II. 35. 20. Edit. nouiss. pag. 295. BOEHMER *de actionibus* II. 3. 102. STRYCK de Cautel. Contract. II. 4. 17. ERXLEBEN *de pignoribus* §. 317.

Selbst die Gloſſe ad L. 2. C. de pignorib. iſt der letztern Meinung zugethan. Dies war ehedem ſchon viel, als man noch mit Wahrheit ſagen konnte: Sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita aduocati adorant glossatores pro euangeliſtis; volo enim potius pro me glossatorem, quam textum. Nam si allego textum, dicunt aduocati diuersae partis, et etiam iudices: *Credis tu, quod glossa non ita viderit illum textum, sicut tu?* RAPHAEL FVLGOSVS ad L. *Si solutum* C. de obligat. et act. P. BAYLE dans le Diction. hiſtor. et crit. art. *Accurse.* Dieſe Zeit iſt glücklich vorbei. Unſere heutigen Richter und Advocaten ſind mit den Quellen einer ächten Jurisprudenz zu ſehr vertraut, als daß ſie ſich um den Wuſt der Gloſſen weiter bekümmern ſollten. Wie aber, möchte Jemand einwenden, wenn in den vorſtehenden Worten, Statt der Gloſſatoren ein Brunnemann, Carpzow oder andere Autoritäten ſubſtituirt würden, um ſie dadurch den neuern Zeiten anpaſſender zu machen? Difficile eſt, satyram non scribere. —

§. 5.

§. 5.

So viel ist ausgemacht, daß, wenn der Gläubiger bloß mit einer allgemeinen Hypothek versehen ist, der Schuldner ihm nicht vorschreiben könne, welche Sache er ausklagen solle. Die Gesetze geben jenem die freie Wahl unter den Sachen des Schuldners [11]). Nur davon ist gegenwärtig die Rede, wenn neben der allgemeinen Hypothek eine besondere ertheilt ist, ob sodann der Schuldner begehren dürfe, daß zuvörderst die letztere zum Gegenstand der Pfandklage gemacht werde? Allein auch hier kommt es noch auf einen Unterschied an, welcher, wie es fast das Ansehen gewinnet, bisher bei diesem Streit nicht gehörig beachtet worden ist. Die Specialhypothek, worauf der Schuldner den Gläubiger zuvörderst verweisen will, ist entweder in den Händen eines Dritten, oder nicht. Daß im Ersten Falle der Einwand nicht Statt finde, versteht sich von selbst, weil 1) die Intention des Schuldners dahin gehen würde, dem klagenden Gläubiger einen andern Beklagten aufzudringen, welches ohnehin schon ganz verwerflich ist, hiernächst aber 2) der dritte Inhaber des Pfandes den Gläubiger sofort an den Schuldner zurück weisen, und daß dieser erst ausgeklagt

werden

werden müßte, mit Recht verlangen würde [12]), und folglich 3) die exceptio excussionis schon ihrer Natur nach wegfällt, weil der Kläger sogleich zeigen kann, daß er auf dem Wege, welchen der Beklagte zuerst versucht haben will, seinen Zweck nicht erreichen könne. Nichts kann daher gegründeter sein, als die Behauptung der Rechtsgelehrten, daß der Schuldner nicht ermächtigt sei, den Gläubiger an den dritten Besitzer der Specialhypothek zu verweisen [13]); auf diese Gewährsmänner beruft sich aber derjenige vergeblich, welcher im allgemeinen den Satz aufstellt, daß dem Schuldner das sogenannte beneficium excuss. **niemalen** zu Statten komme. Denn es ist noch **der zweite Fall** übrig, wenn nämlich das besondere Pfandstück nicht im Besitz eines Dritten sich befindet.

11) Creditoris *arbitrio permittitur*, ex pignoribus sibi obligatis, *quibus velit*, distractis ad suum commodum peruenire. L. 8. D. de distract. pign. Creditor autem, fügt MEVIVS in Decis. II. 285. hinzu, generalem hypothecam anteriorem habens, postquam elegit rem vnam immobilem, seque in illam immitti petiit, ad aliam, in quam posterior creditor immissus est, venire nequit.

12)

12) Daß der dritte Besitzer einer Specialhypothek darauf dringen könne, daß der Hauptschuldner erst ausgeklagt werden müße, wird zwar von vielen ältern sowol, als neuern Rechtsgelehrten geleugnet. Nachdem aber Westphal in seiner Systematischen Erläuterung der sämtlichen Römischen Gesetze vom Pfandrechte pag. 278. den wahren Sinn der Nov. 112. ganz außer Zweifel gesetzt hat, so sollte doch billig der Nebel endlich verschwinden. Die verschiedenen Meinungen, welche nach und nach in dieser Materie zum Vorscheine gekommen sind, hat Quistorp in seinen Beiträgen p. 154. ꝛc. vollständig aufgeführt.

13) LEYSER Spec. 225. M. 5. Das Rubrum dieser Meditation lautet freilich allgemein, Debitor a creditore generalem et specialem hypothecam habente conuentus, exceptionem excussionis non habet; allein der eigentliche Gegenstand der Ausführung selbst scheint nach des Leysers eigenen Worten nur dieser zu sein: Debitor ipse a creditore conuentus hunc *ad tertium* pignoris specialis possessorem ablegare nequit.

§. 6.

§. 6.

Die wenigsten Ausleger haben diesen Fall besonders gehörig erwogen. Nur Westphal [14]), welcher nicht gewohnt ist, eine Materie zu verlassen, ohne sie von allen Seiten untersucht zu haben, ist fast der einzige, der ihn etwas genauer geprüft hat. Er glaubt aber doch auch hier, wenn gleich die Specialhypothek sich nicht bei einem Dritten befindet, dem Schuldner selbst die erwähnte Einrede aus folgenden Gründen versagen zu müssen. „1) Der Pfandschuldner haftet auch ohne Verpfändung mit seinem ganzen Vermögen dem Gläubiger; wenn dieser also bloß eine persönliche Klage erhebt, so steht ihm frei, welches Stück der Güter seines Schuldners er will, zum Gegenstand der Hülfsvollstreckung anzugeben. 2) Wer eine hypothekarische Forderung hat, kann auch, wenn er will, eine persönliche Klage gebrauchen, und sich der Pfandklage nicht bedienen; Steht ihm alsdann frei, ein bloß der allgemeinen Hypothek unterworfenes Stück nach dem obsieglichen Urtheile zur Rechtshülfe anzugeben, warum soll er solches nicht gleich anfänglich bei der Klage thun können? 3) Der Schuldner handelt allemal unrecht, daß er nicht bezahlt, und es ist daher billig, daß er das beneficium excuss. nicht genieße. 4) In allen andern Fällen, wo ein

dritter Besitzer sich dieser Rechtswolthat bedienen kann, ist dieselbe dem Schuldner abgeschnitten, warum soll sie ihm eben in diesem einzigen Falle zustehen? 5) L. 9. C. de distr. pign. (§. 2. n. 2.) erweiset ebenfalls den Satz, daß der Pfandschuldner selbst auf die Ausklagung des besondern Pfandrechts verweisen könne, nicht deutlich, es scheint vielmehr der Fall darin zum Grunde zu liegen, da die Klage gegen den Schuldner aus dem besondern Pfandrechte schon erhoben war, und die Sache auf der Execution beruhete. Die Worte: debitoribus detrectantibus solutionem, geben diese Vermuthung, und daß bereits der vorzunehmenden Veräußerung des Pfandes gedacht wird. Die Gläubiger mochten Lust haben, andere Sachen zur richterlichen Hülfsvollnstreckung anzuweisen, und wollten also von ihrer Klage abgehen. Der Grund, warum sie solches thun zu können glaubten, mochte sein, weil man das Objekt der Execution nach Willkühr benennen kann. Allein die Kaiser verwarfen ihr Vorhaben. Vermuthlich, weil durch die erhobene Klage und erfolgte Litiscontestation zwischen ihnen und den Schuldnern ein Vertrag errichtet war, daß sie sich vor der Hand bloß an das Specialpfand halten wollten. Die Litiscontestation ist ein Quasicontract, und gestattet weiter keine Veränderung in der Sache."

14) a. a. O. p. 88. 89. §. 7

§. 7.

So scheinbar diese Gründe auch sind, so läßt sich doch mit völliger Zustimmung der Gesetze und des Rechts folgendes dagegen erwidern. Das vorzüglichste Argument, worauf **Westphal** seine Meinung stützet, ist der angenommene Grundsatz, daß der Gläubiger auch ohne Pfandrecht die Wahl habe, welches Stück aus den Gütern des Schuldners er zum Gegenstand der Hülfsvollstreckung angeben wolle. Da aber die Gesetze selbst eine Ordnung vorschreiben, nach welcher die Execution in den Gütern des Schuldners der Reihe nach geschehen soll, so ist diese Prämisse an sich schon nicht durchgängig zuzugeben [15]). Und überdem folgt es auch nicht, daß der Kläger das künftige Object der Hülfsvollstreckung auch schon zum Gegenstand der **Klage** machen, und die Abtretung des Besitzes bis zu seiner Befriedigung verlangen dürfe. Das letztere ist aber bekanntlich der Endzweck der hypothekarischen Klage, und man siehet daher wol, daß von Befugnissen des Gläubigers, welche erst nach erfolgter rechtskräftigen Verurtheilung bei der Execution eintreten, schon bei Anstellung der Klage noch kein Gebrauch zu machen sei. Dieses nun vorausgesetzt, so kann ich, was **den Ersten**, und **Zweiten** Grund anlangt, immer zugeben, daß einestheils

der Schuldner auch ohne Verpfändung mit seinem ganzen Vermögen dem Gläubiger verhaftet sei, und anderntheils der letztere, ohne von seinem dinglichen Rechte Gebrauch zu machen, die persönliche Klage erheben könne [16]). Allein die Folgen, welche **Westphal** daraus ableitet, sind meiner Meinung nach nicht treffend. Denn ob gleich der Schuldner mit allen seinen Gütern für die Schuld haftet, so giebt dieses doch dem Gläubiger nicht einmal das Recht, nach unbeschränkter Willkühr den Gegenstand der Hülfsvollstreckung anzugeben, er ist verbunden, der Ordnung, welche ihm die Gesetze vorschreiben, nachzugehen; und wiederum ist der alleinige Umstand, daß dieses oder jenes Stück aus den Gütern des Schuldners künftig einen Gegenstand der Hülfsvollstreckung abgeben wird, bei weitem noch nicht hinreichend, die Auslieferung solcher Sachen schon im Klaglibell verlangen zu können. Davon kann nicht eher, als nach erfolgter rechtskräftigen Verurtheilung die Rede sein. Wollte nun der Gläubiger, Statt der hypothekarischen, die persönliche Klage gegen den Schuldner erheben, so würde die Angabe des Gegenstandes der Rechtshülfe im Klagschreiben, wohin sie nicht gehört, sehr unschicklich sein; vielweniger ist auf die hypothekarische Klage zu übertragen, was dem Gläubiger seiner persönlichen

For-

Forderung wegen, wenn es damit bis zur Execution gekommen ist, zusteht; sonst würde folgen, daß derjenige, dem einer ansehnlichen Forderung halber ein unzureichendes pignus speciale ertheilt worden, gegen den Schuldner die Pfandrechtsklage auf mehrere Sachen, als dieser wirklich verpfändet hatte, erweitern dürfte, weil schon der persönliche Anspruch ohne Verpfändung das Recht giebt, solche Stücke zu Gegenständen der Hülfsvollstreckung anzugeben. Wollte man hiegegen einwenden, daß hier der Fall vorausgesetzt werde, da dem Gläubiger an allen Gütern des Schuldners ein wirkliches Pfandrecht zusteht, mithin demselben auch bei der eigentlichen Hülfsvollstreckung unter allen verpfändeten Sachen die Wahl gebühre [17]): so würde solches in eine petitio principii ausarten. Denn eben unsere ganze Streitfrage beruhet darauf, ob diese Wahl nicht in dem Falle gewissermaßen eingeschränkt sei, wenn neben dem allgemeinen noch ein besonderes Pfandrecht vorkommt.

15) L. 15. §. 2. D. *de Re iudic.* Primo quidem res mobiles pignori capi iubent, mox distrahi, quarum pretium si suffecerit, bene est; si non suffecerit, etiam soli pignora capi iubent, et distrahi. Quodsi nulla mouentia sint, a pignoribus soli initium faciunt. Sic denique interloqui solent: Si mouentia non sint, ut soli quoque capiantur. Nam a pignoribus

gnoribus soli initium faciendum non est. Quodsi nec quae soli sunt sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc peruenietur etiam ad iura. Exsequuntur igitur rem iudicatam Praesides isto modo.

15) L. 14, 24. C. de pignorib.

17) G. A. STRVV. iurisprud. forens. Lib. IV. Tit. 20. §. 3.

§. 8.

Anlangend den **dritten Grund** (§. 6.), so ist die Regel, daß eine Rechtswolthat denen billig zu versagen sei, welche sich derselben unwürdig gemacht haben, hier außer Anwendung. Denn 1) steht es überhaupt dahin, ob man die Befugniß, den Gläubiger, welcher ein allgemeines und besonderes Pfandrecht erhalten hat, zuvörderst auf das letztere zu verweisen, eine Rechtswolthat (beneficium iuris) nennen könne? Liegt doch der Grund dieser Befugniß selbst in der ipso facto erklärten Willensmeinung der Contrahenten! — Rechte, die hieraus abgeleitet werden, sollte man billig nicht als Rechtswolthaten ansehen —. 2) Daß der Schuldner unrecht handelt, wenn er seinen Gläubiger unbefriedigt läßt, ist freilich wahr, daß aber dieses auf die Bestimmung unserer Rechtsfrage eigentlich keinen Einfluß habe, ist eben so gewiß. Denn ist es zu erweisen, daß der Schuldner nach gesetzlicher Vorschrift sich dieses

Ein-

Einwandes bedienen darf, so muß er ihn ja natürlicher Weise in dem Falle zur Hand nehmen, wenn er dem Gläubiger nicht bezahlt hat. Läßt sich aber solches mit den Gesetzen nicht vereinigen, so ist das erwähnte Argument ohnehin überflüssig. Da nun aber jenes sich in der Folge deutlich ergeben wird, so siehet ein Jeder leicht ein, daß, ob es gleich nicht zu billigen ist, wenn der Schuldner die ihm obliegende Zahlung verzögert, dieses doch bei weitem nicht hinreicht, ihm erworbene Rechte zu entziehen, ohne daß die Gesetze selbst seine Handlung dergestalt beahndet wissen wollen. Daß **vierrens** in allen andern Fällen, wo ein Dritter sich dieser Einrede bedienen darf, dem Schuldner selbst solche abgeschnitten worden, hingegen gerade in diesem einzigen Falle ein anderes zu behaupten sei, ist daraus sehr leicht zu erklären, weil gerade hier die Umstände sich so verhalten, daß der Schuldner auf den gedachten Einwand Anspruch machen kann. In den übrigen Fällen tritt darum das Gegentheil ein, weil die exceptio excussionis dort zu dem Ende eingewandt wird, um den Gläubiger an eine andere Person zu verweisen, mithin ihm einen andern Beklagten aufzudringen. Dieß ist dem Schuldner selbst durchaus nicht zu gestatten. Der Grund der Verschiedenheit fällt also in die Augen.

§. 9.

Durch das **fünfte** Argument (§. 6.) sucht **Westphal** eine Gesetzstelle, die ihm in der That entgegen ist, auf seine Seite zu lenken. Wenn man aber die Worte selbst mit Aufmerksamkeit nachlieset, so wird man sehr bald überzeugt, daß es an hinreichenden Gründen fehlt, um der davon gemachten Erklärung beizupflichten. Daß der Gläubiger zuerst die Specialhypothek wahrnehmen, und dann erst, wenn er dadurch nicht befriedigt worden, aus dem allgemeinen Pfandrecht hervorgehen solle, ist klar in dem angeführten Gesetze (L. 9. C. de distr. pignor.) enthalten. Und daß diese Verordnung in einem Falle ergangen ist, da der Gläubiger es mit dem Schuldner selbst zu thun hatte, giebt **Westphal** gleichfalls zu, folglich wird es über die Frage, ob erwähntes Gesetz unsere Meinung bestätige? keines weitläuftigen Streits bedürfen. Der Grund, warum dem Gläubiger das unbeschränkte Wahlrecht hier dergestalt eingeschränkt wird, daß er zuvörderst gewisse Stücke verfolgen muß, wird, wie der Buchstabe des Gesetzes ergiebt, nicht daraus hergenommen, weil er diese Sachen bereits einmal zum Gegenstande der Klage gemacht hatte, sondern **weil ihm neben der allgemeinen Hypothek eine besondere daran war ertheilt worden.** Es heißt:

heißt: *Quae specialiter vobis obligata sunt*: Nicht aber: de quibus actio semel mota est, oder quae in actionem a vobis deducta sunt —. Wäre letzteres der Grund der Entscheidung gewesen, so würde es ja auf den Umstand, daß die Sachen besonders verpfändet waren, gar nicht angekommen, sondern auch das nämliche eingetreten sein, wenn der Gläubiger Sachen aus dem allgemeinen Pfandrechte einmal bereits in die Klage gebracht, nachher aber eine Veränderung hätte vornehmen wollen. Ist es wol vermuthlich, daß man bei Abfassung der Constitution gerade den Hauptpunkt, worauf die ganze Verordnung sich stützen sollte, mit keinem Worte erwähnt, dagegen aber einen Umstand, der an sich auf die Entscheidung nicht den mindesten Einfluß gehabt hätte, dennoch zur Grundlage des Gesetzes gemacht haben sollte. Mit keinem Worte finden wir es angemerkt, daß der Gläubiger, nachdem er bereits aus der Specialhypothek geklagt, und diesen Anspruch bis zur Execution fortgesetzt hatte, jetzt noch eine Veränderung vornehmen, und andere Stücke zur richterlichen Hülfsvollstreckung habe anweisen wollen. Der ganze Fall, wie ihn Westphal sich bildet, hat so viel eigenes, daß man, ohne die mindeste Spur davon in dem Gesetze selbst anzutreffen, ihn nicht wol dabei zum Grunde legen

kann. Der Ausdruck: debitoribus detrectantibus solutionem, und daß der vorzunehmenden Veräußerung gedacht wird, rechtfertigt solches bei weitem noch nicht. Denn sobald der Schuldner in mora ist, heißt es mit Recht, solutionem detrectat; diese Worte beschränken sich also nicht **allein** darauf, wenn er es bis zur Exsecution hat kommen lassen. — Daß aber der Veräußerung gedacht wird, setzt wiederum nichts weiter voraus, als, daß die Schuld liquid, und der Schuldner in mora sei. — Ich muß aber hiebei noch eine Anmerkung machen, welche die mit der gegenseitigen Erklärung verknüpfte Schwierigkeit noch vergrößern wird. Wäre die Frage, welche das Gesetz entscheidet, allererst in termino exsecutionis, wegen einer in Ansehung des Gegenstandes der letztern vom Kläger vorgehabten Veränderung, zur Anrege gekommen, so ist es sehr bedenklich, warum bei der Specialhypothek der Gläubiger schon zur Veräußerung angewiesen, hingegen, so viel die Sachen aus der allgemeinen Hypothek anbetrifft, solches nicht ebenfalls sofort verordnet wird. Nachdem nämlich in Ansehung des besondern Pfandes die Vorschrift ertheilt worden: bona fide debetis et solemniter vendere, so war noch die Bestimmung übrig, wie es zu halten sei, wann der Gläubiger daraus seine Befriedigung

nicht

nicht ganz erhalten würde. Es verstand sich von selbst, daß dann die Reihe auch die übrigen Güter des Schuldners treffen mußte; allein von diesen heißt es doch in unserm Gesetze nicht, daß sie in solchem Falle sofort zum Verkauf gebracht werden sollten, sondern die Worte lauten dahin: Quodsi quid deerit, non prohibemini, caetera etiam bona *iure conuentionis consequi*. Ich weiß wol, was sich hiegegen noch erinnern ließe. Der Gläubiger erhält ja die Sachen zu dem Ende, um durch ihren Verkauf zu seiner Bezahlung zu gelangen. Allein unter den Umständen, welche **Westphal** bei der Verordnung voraussetzt, und wo die ganze Streitfrage auf den sofortigen Verkauf beruhet hätte, würde aller Vermuthung nach, auch bei den übrigen bonis der Distraction geradezu gedacht sein. In allem Betracht aber ist so viel gewiß, und die Folge wird es nur zu deutlich ergeben, daß Worte und Ausdruck dieses Gesetzes von einem andern Falle, den **Westphal** gänzlich davon ausschließen will, weit natürlicher zu erklären sind.

§. 10.

Bisher haben uns die gegenseitigen Argumente beschäftiget. Diese können inzwischen unzulänglich sein, und doch kann die Sache an sich ihre gute

Rich-

Richtigkeit haben. Sehr oft wurden Wahrheiten aus unrichtigen Gründen vertheidigt. Um daher nunmehr unsern Satz hinlänglich zu erweisen, so setze man den Fall: **Sempronius** besitzt zwei Häuser; das Eine, welches wir A nennen wollen, und von ihm selbst bewohnt wird, ist, der Lage und innern Einrichtung nach, seinem Gewerbe und Verhältnisse vorzüglich angemessen; das andere B hingegen am Werthe ungleich beträchtlicher, nur der Person des Eigenthümers nicht so bequem und vortheilhaft. Er borgt vom **Mevius** ein Kapital, und verpfändet dagegen sein ganzes Vermögen; insbesondere aber das Haus B. Die Zahlungszeit verstreicht, und **Sempronius** außer Stande, die Schuld baar zu tilgen, wird vom **Mevius** ex hypotheca generali auf die Abtretung des Hauses A belangt. Angenommen nun, daß der Gläubiger keine andere Ursache, als das bekannte: stat pro ratione voluntas, dieser Auswahl wegen für sich anführen kann, so ist meinem Bedünken nach der Schuldner aus folgenden Gründen ganz offenbar berechtigt, mittelst Vorschützung der except. excuss. den Kläger vor allen Dingen an die Specialhypothek zu verweisen.

§. 11.

Daß 1) die natürliche Billigkeit das Vorhaben des Schuldners unterstütze, fällt in die Augen. Der Gläubiger muß ja zufrieden sein, wenn er das Seinige erhält. Kann er nun nicht erweisen, daß er solches weder ganz noch zum Theil aus der Specialhypothek überkommen könne [18]), was mag ihn berechtigen, ohne damit einen Versuch gemacht zu haben, andere Sachen des Schuldners lediglich seinem Eigenwillen aufzuopfern [19])? Man wende nicht ein, daß dieser Grund auch bei der allgemeinen Hypothek, wenn keine besondere damit verknüpft worden ist, eintreten, folglich der Schuldner auch dann berechtigt sein würde, des Gläubigers Auswahl zu beschränken, und ihm, Statt der verlangten Stücke, andere nach eigener Bequemlichkeit aufzudringen, welches doch den Gesetzen unstreitig entgegen gehet (§. 5.). Die Fälle sind nicht gleich. Denn ist bloß eine allgemeine Hypothek vorhanden, so läßt sich keine andere Absicht der Parteien gedenken, als daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich indistincte an des Schuldners Güter zu halten. Ihm muß also die Wahl verbleiben. Vergeblich würde der Pfandschuldner sodann die Billigkeit für sich anrufen, da seine eigene Verwillkührung, oder wenigstens doch der Wille des Gesetzgebers dem Gläubiger ein

ius

ius perfectum zugesichert hat, nach seinem Gutbefinden das verpfändete Vermögen anzugreifen. Wem ist es unbekannt, daß allein die Billigkeit noch nicht hinreicht, den Richter auf unsere Seite zu lenken, wenn wir auf vollkommene Rechte und Verbindlichkeiten keinen Anspruch machen können [20]). Ganz anders aber verhält sich die Sache, wie wir sogleich näher erkennen werden, wenn der Gläubiger sich selbst mit dem Schuldner dahin vereinbaret hat, daß neben der allgemeinen Hypothek noch eine besondere Statt finden soll.

18) Dem klagenden Gläubiger liegt hier unstreitig der Beweiß ob. Denn da ihm die Gesetze nur erlauben, in dem Fall die allgemeine Hypothek zu verfolgen, wenn er durch die besondere nichts mehr erlangen kann, so muß natürlich der Gläubiger, wenn er ex hypotheca generali hervorgeht, den Richter überzeugen, daß der Fall, wo die Gesetze solches gestatten, wirklich vorhanden sei. MYNSING. Cent. VI. Obs. 94. N. 3. NEGVSANT. de pign. P. V. M. 2. N. 52. COVARRUV. Lib. 3. variar. resolut. Cap. 18. N. 1. HARTMANN PISTOR P. III. Quaest. 13. n. 21. Diese Rechtslehrer setzen den Grund des dem Kläger obliegenden Beweises darin: Hypotheca specialis semper in dubio praesumitur idonea, hinc probatio illi incumbit, qui illam insufficientem esse contendit. Vielleicht ist dieß

nicht

nicht so ganz accurat geredet, denn nach dem gewöhnlichen Begriff einer Vermuthung sowol, als auch nach der richtigern Erklärung, welche von Tevenar in seiner Theorie der Beweise im Civilproceß davon giebt, dürfte der bejahende Satz: *hypotheca specialis semper in dubio praesumitur idonea*, etwas unbequem sein. Richtiger ist unstreitig die Negative: Es wird nicht vermuthet, daß die Specialhypothek zu des Klägers Befriedigung untauglich sei, folglich muß er, weil er solches vorgiebt, den Beweiß übernehmen.

19) Non sine malitia est, quum, si sine alterius incommodo suum quis consequi possit, illam viam eligit, quae alteri nocet. MEVIUS l. c. L. 38. D. de Rei vind. L. 2. §. 5- de aqu. et aqu. pluv. Cap. 15. 23. X. de Rescr.

20) ERNST IOH. FRIED. MANTZEL *de limitibus iustitiae, aequitatis, iuris aggratiandi, et arbitrii iudicis.* Rostochii 1747. Der Richter darf und soll das menschliche Gefühl nicht ablegen, allein es muß nicht in weinerliche Empfindelei ausarten, die dem Ganzen desto nachtheiliger ist, da sie eine bloße Willkühr der Gerichte an die Stelle der Gesetze treten läßt, das Ansehen der letztern schwächt, und, insofern sie auf Kosten erworbener Rechte Anderer ausgeübt wird, wirklich in einen gar argen Despotismus übergeht: E. F. Klein's Abhandlung über die Billigkeit bei Entscheidung der Rechtsfälle; in Dessen Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit Th. 1. §. 12.

§. 12.

Diese Verbindung der allgemeinen und besondern Hypothek muß doch 2), wie eine jede rechtliche Handlung, ihre Absicht und Wirkung haben [21]). Mehrere Sicherheit kann wol dieser Zweck so eigentlich nicht sein; denn der Gläubiger hatte ja schon vermöge des allgemeinen Pfandrechts ein dingliches Recht an allen Gütern des Schuldners, mithin auch an der Sache, welche ihm noch besonders verpfändet ward. Das letztere würde also ganz unnütz und überflüssig sein, wenn nicht eine andere Intention der Parteien daraus hervorleuchtete, welche nach einstimmiger Behauptung der Rechtsgelehrten dahin gehet, daß die Specialhypothek **vorzüglich**, das übrige Vermögen hingegen nur *in subsidium* der Gegenstand sein sollte, woran sich der Gläubiger zu halten hätte. Da die Ausleger, sie mögen nun übrigens für, oder wider uns sein, diese Absicht der Contrahenten, wenn keine andere von ihnen erklärt ist, als die einzig wahre anerkennen [22]), so ist es in der That sonderbar, wenn man gleichwol dem Schuldner kein völlig wirksames Recht daraus gestatten, sondern alles nur zum Besten eines Dritten erklären will, da doch 3) alle Verträge ihrer Natur nach ein vollkommenes Recht unter den Contrahenten wirken, und der Gläubiger sich unter allen Umständen zu dem

beque-

bequemen muß, was seine mit dem Schuldner getroffene Verabredung mit sich bringt, ja in dem Falle, wenn er es mit dem letztern selbst zu thun hat, desto augenscheinlicher daran gebunden ist.

21) *Argum.* L. 24. §. 1. D. de Legat. 2. L. 12. D. de Reb. dub.

22) Die Ursach, schreibt **Westphal**, muß in der vermuthlichen Willensmeinung der Contrahenten zu suchen sein, weil die getroffene Verabredung anderergestalt gar keinen Nutzen hätte. Hiemit stimmt auch überein BACHOV de pignor. Lib. IV. C. 5. n. 2. Qui duplicem hypothecam accipit, generalem et specialem, hoc ipsum agere videtur, *ut illa sit subsidiaria*; imgleichen MEVIUS l. c. Hoc proficiscitur ex tacita mente contrahentium, quae talis fuisse per legem praesumitur; nicht weniger HARTM. PISTOR l. c. n. 9. Quando quis tam specialem, quam generalem hypothecam accipit, hoc tacite actum videtur, ut, si sufficiat specialis, non sit habenda ratio generalis, sed tum demum perueniatur ad caetera bona, quando non sufficeret res specialiter designata; alioquin nihil fuisset causae, cur una cum genere species illius generis aliqua pignori accipiatur. CONNAN. Lib. IV. iur. ciuil. C. 17. n. 6. ANTON FABER Lib. VI. Conject. cap. 16. u. a. m.

§. 13.

Zwar wird hiegegen von einigen [23]) erinnert, daß der Vertrag nicht ohne Nutzen sei, sondern immer noch seine gute Wirkung behalte, wenn solcher gleich nicht auf den Schuldner selbst gezogen würde. Hierauf kömmt es aber meiner Meinung nach alleine nicht an. Wahr ist es, daß auch der dritte Besitzer, er mag selbst creditor sein oder nicht [24]), aus jener Vereinbarung ein Recht erhält, den Gläubiger zuvörderst auf die Specialhypothek zu verweisen. Sollte sich aber wol die eigentliche Absicht der Parteien unmittelbar nur **auf das künftige Interesse eines Dritten** einschränken? Wer dieß behaupten, und dagegen leugnen wollte, daß der Schuldner bei dieser Vereinigung nicht auch auf sich und seine eigenen Verhältnisse mit Bedacht genommen habe, der müßte die Denkart der Menschen, und die gewöhnliche Triebfeder rechtlicher Geschäfte nicht kennen. Gleichwol ist die wahre Absicht der Parteien, nicht aber der Umstand, daß per accidens auch ein Dritter Nutzen davon haben kann, hier eigentlich dasjenige, was unserer Frage die Auflösung giebt, und da der Gläubiger in die Annahme eines besondern Pfandes neben dem allgemeinen gewilligt, oder solche ausbedungen hat, so muß er auch dem Schuldner die Rechte gönnen, welche so unstreitig daraus herfließen [25]).

[23]).

23) **Westphal** a. a. O. p. 89.

24) HARTM. PISTOR l. c. n. 9. 12. 19.

25) Es wäre denn, daß er deutlicher geredet, und durch die bekannte Clauſul: saluo iure variandi, oder ne generi species deroget, ſich das freie Wahlrecht wiederum geſichert hätte.

§. 14.

Die Sache wird 4) noch auffallender, wenn wir uns den Fall gedenken, daß der Gläubiger außer der allgemeinen Hypothek noch ein beſonderes pignus **wirklich bereits in Händen hätte.** Würde es nicht die größte Ungerechtigkeit ſein, wenn er gleichwol noch andere Sachen actione hypothecaria verfolgen, nichts deſto weniger aber das beſondere Pfand unveräußert an ſich halten wollte [26])? Wie alſo, wenn ſich der Schuldner anerklärt, daß er die beſonders verpfändete Sache zu dem Ende ſofort abtreten wollte, damit der Gläubiger dadurch in Gemäßheit der ſtillſchweigenden Verabredung zuvörderſt ſeine Befriedigung zu erhalten ſuchen möchte. Ich finde keinen Grund, der uns beſtimmen könnte, dem Schuldner dieſen Einwand zu verſagen.

26) HARTM. PISTOR l. c. n. 14.

§. 15.

Endlich wird 5) aller Zweifel durch die klare in L. 9. C. de distract. pign. enthaltene Vorschrift völlig gehoben. Wir haben bereits gezeigt, daß dieses Gesetz auf den Fall, welchen **Westphal** dabei zum Grunde legen will, nicht füglich einzuschränken ist. Jetzt wird es darauf ankommen, ob es nicht unserer Behauptung ganz offenbar das Wort rede? Ich glaube selbst aus dem Inhalte der Constitution klar erweisen zu können, daß folgender Rechtsfall darin entschieden worden ist. Die Gläubiger, denen ein allgemeines und besonderes Pfandrecht zustand, stellten nicht aus dem letztern, sondern aus jenem die hypothekarische Klage wider ihre Schuldner an. Vermöge der Natur dieser Klage mußten sie ihr Gesuch darauf richten, daß ihnen die zur allgemeinen Hypothek gehörigen Stücke so lange ausgeantwortet werden möchten, bis sie ihrer Forderung halber befriedigt wären. Die Schuldner, denen gerade an den verlangten Sachen mehr als an der Special-hypothek gelegen sein mochte, gestanden die Schuld zwar ein, behaupteten aber, daß die Kläger erst das besondere Pfand veräußern, und ob sie daraus nicht bezahlt werden könnten, versuchen müßten. Wäre dieß nicht, so sei man bereit, ihrem Gesuche gemäß, die verlangten Stücke abzutreten. Fast jedes Wort

in

in L. 9. C. de distr. pign. leitet uns so ganz ungezwungen auf diesen Fall, daß man nicht wol in Versuchung gerathen wird, einen andern herbeizurufen. Wir wollen, um uns davon anschaulich zu überzeugen, die Stelle wörtlich durchgehen. Die Entscheidung ist ganz dem Schuldner günstig. Erst sollen die Gläubiger die Specialhypothek veräußern, weil die Schuld als richtig eingestanden, und gleichwol nicht bezahlt war. Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem bona fide debetis et solemniter vendere. Der Grund, warum sie aber vor allen Dingen auf dieß besondere Pfandstück verwiesen werden, folgt sogleich. Ita enim adparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Und nur auf den Fall, wenn dieses nicht geschehen könnte, soll ihrem angebrachten Gesuche Raum gegeben werden. Nach dem Wesen der Pfandrechtsklage hatten sie solches auf Abtretung der unter dem pignore generali begriffenen Stücke gerichtet. Und daher fahren die Kaiser fort: Quodsi quid deerit, non prohibemini, caetera etiam bona iure conuentionis *consequi*. Wie angemessen ist hier nicht der Ausdruck *consequi*; denn darauf hatten die Gläubiger geklagt; imgleichen die Worte *iure conuentionis*; denn ein dingliches Recht hatten die Gläubiger freilich an allen Gütern der

Schuldner, mithin auch an denen, welche sie aus dem allgemeinen Pfandrechte in Anspruch genommen hatten; sie würden auch, wenn neben der allgemeinen Hypothek keine besondere verabredet wäre, die Wahl unter allen Sachen der Schuldner gehabt haben. Allein nun kam es auf die wahre Absicht der Parteien, bei Verbindung des allgemeinen und besondern Pfandes an; vermöge dieser oben bereits erwähnten Absicht konnten die Gläubiger das allgemeine nur in subsidium, wenn das besondere nicht zureichte, angreifen, und eben darum heißt es: *Quodsi quid deerit*, non prohibemini, caetera etiam bona *iure conuentionis* consequi. Nehmen wir nun die übrigen hier eintretenden Rechtsgründe, verbunden mit der bekannten Regel: lege non distinguente, nec nostrum est, distinguere, zur Hülfe, so kann uns nichts berechtigen, einer so allgemein lautenden Verordnung willkührliche Einschränkungen zu geben, denen nicht nur der Inhalt des Gesetzes selbst, sondern auch Billigkeit, und wahre Absicht der Contrahenten ganz entgegen ist.

3) Kurze

3) Kurze Erörterung der Frage: Ob und in wie fern das Pfandrecht sich außer dem Kapital auch auf Zinsen, Kosten und Conventionalstrafe erstrecke, wenn deshalb keine ausdrückliche Verabredung vorhanden ist?

Inhalt.

§. 1. Die verschiedenen Gesetze, welche diese Frage betreffen, werden wörtlich angeführt.

§. 2. Vorläufige Betrachtung über zwei Gesetzstellen.

§. 3. u. 4. Die obige Frage wird von einigen Juristen allgemein bejahet, von andern durchaus verneinet. Nachdem

§. 5. aus den Gesetzen selbst und deren Inhalte das Nöthige im voraus bemerkt worden, wird gezeigt,

§. 6. daß die allgemein bejahende Meinung nicht gegründet sei,

§. 7. aber auch nicht die durchaus verneinende. Es kommt alles auf mancherlei Verhältnisse an, und um solche gehörig zu entwickeln, werden

§. 8. Einige allgemeine Grundsätze vorangeschickt, und hierauf die Frage pünktlich erörtert; A) nach Verschiedenheit der Gegenstände selbst;

§. 9. 10. Von usuris morae und andern nicht verspro-
chenen Zinsen.

§. 11. Von Zinsen, welche der Schuldner versprochen hat;
und zwar 1) bereits bei Errichtung des Pfandrechts;

§. 12. 13. 2) Von Zinsen, welche nach geschehener
Verpfändung erst verabredet worden sind.

§. 14. Von der Conventionalstrafe.

§. 15. Von Proceßkosten.

§. 16. 17. Von den auf die Sache selbst verwandten
Kosten, und zwar zuerst von impensis necessariis.

§. 18. Von den impensis utilibus.

§. 19. B) nach Verschiedenheit der Fälle.

§. 20. Erster Fall. Wenn der Gläubiger das Pfand
besitzt, und mit dem Schuldner zu thun hat.

§. 21. Zweiter Fall. Wenn der besitzende Creditor mit
einem ihm vorgehenden Gläubiger zu thun hat.

§. 22. Dritter Fall. Wenn der besitzende Gläubiger mit
einem ihm nachstehenden Creditor in Streit geräth.

§. 23. Conjectur über L. 4. C. de usuris.

§. 24. Vierter Fall. Wenn der nicht besitzende Gläu-
biger gegen den Schuldner klagt.

§. 25. Fünfter Fall. Wenn contra tertium geklagt wird.

§. 26. 27. 28. Weitere Zergliederung dieses Falles.

§. 29. Sechster Fall, wenn über des Schuldners Ver-
mögen ein Concurs entsteht.

§. 1.

Der Gegenstand gegenwärtiger Abhandlung ist durch ausdrückliche Gesetze nicht so bestimmt und vollständig entschieden, daß gar kein Zweifel mehr übrig bleiben sollte. Ziehet man die Ausleger zu Rathe, so werden sich die Schwierigkeiten eher vermehren, als vermindern. Sie, die sich über klare Gesetze oft nicht einig werden können, lassen vollends dann, wenn es auf argumenta legum und die Aehnlichkeit des Rechts ankommt, wenig Eintracht erwarten. Wir wollen erst die Gesetze selbst reden lassen, und nachhin die Erklärung der Kritiker und Rechtsgelehrten vernehmen. Die vorzüglichsten Stellen, worauf es hier ankommt, lauten also: L. 13. §. 6. D. de pignoribus. MARCIANUS ad formulam hypothecariam: *Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solui debent. Idem et in poena dicemus.* L. 11. §. 3. D. de pignerat. act. VLPIANUS Lib. 28. ad Edictum: *Si in sortem duntaxat, vel in usuras obstrictum sit pignus, eo soluto, propter quod*

obligatum eſt, locum habet pigneratitia. Siue autem usurae in ſtipulatum sint deductae, siue non: si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pigneratitia cessabit. Alia causa eſt earum, quas quis supra licitum modum promisit; nam hae penitus illicitae sunt.

L. 8. §. 5. D. eodem. POMPONIUS Lib. 35. ad Sabinum: *Quum pignus ex pactione venire poteſt, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque veluti usuras, et quae in id impensa sunt.* L. 18. D. Qui potiores in pignore. SCAEVOLA Lib. 1. Respons. Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris acceptis pignoribus; eidemque debitori Mevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit: Quaero, an Titius non tantum sortis et earum usurarum nomine, quae accesserunt antequam Mevius crederet, sed etiam earum, quae poſtea accesserunt, potior esset? Respondit: Luc. Titium in omne, quod ei debetur, potiorem esse. L. 4. C. de usuris. Impp. SEVER. et ANTON. Honorio: *Per retentionem pignoris usuras seruari posse, de quibus praeſtandis conuenit, licet ſtipulatio interposita non sit; merito conſtitutum eſt, et rationem habet; quum pignora conventione pacti etiam usuris obſtricta sint. Sed enim in causa, de qua agis, haec ratio cessat,*

siquidem

siquidem tempore contractus de minoribus usuris petendis conuenit; postea autem, quum se debitor praestaturum maiores repromissit; non potest rata videri pignoris retentio, quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non conuenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur.

L. 22. C. eodem. Imp. PHILIPPUS Carino: *Pignoribus quidem interuenientibus usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt. Verum hoc iure constituto, quum huius modi nullo interposito pacto, tantummodo certae summae praestari poenam conuenisse proponas; nec peti, nec retineri quicquam amplius potest; et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina iuris perspicis.* L. unica C. Etiam ob chirograph. pecun. Imp. GORDIANUS Festo: *At si in possessione fueris constitutus; nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligauerunt, offerentes, audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. Quod in secundo creditore locum non habet; nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre—.* §. 2.

§. 2.

Bei L. 11. §. 3. D. *de pignerat. act.* ist **Cujacius** 1) der Meinung, daß man Statt: vel in usuras, lesen müsse: nec in usuras. Allein außerdem, daß die libri Basilici ihm entgegen sind, ist doch auch gar kein Grund vorhanden, weshalb man die gemeine Lesart, da sie weder das Gesetz unverständlich macht, noch der Analogie zuwider läuft, einer höchst willkührlichen Kritik aufopfern sollte — 2). Die mehreste Mühe hat den Auslegern L. 4. C. de usuris gemacht. Eine Verordnung, daß der Gläubiger, wegen solcher Zinsen, die ihm nach geschehener Verpfändung allererst versprochen waren, auch nicht einmal das Retentionsrecht wider den Schuldner auszuüben berechtigt sein sollte, mit andern bekannten Vorschriften der Rechte vereinigen zu wollen, ist ein Unternehmen, dem sich unübersteigliche Hindernisse entgegen stellen. Der Umstand, daß die Zinsen pacto nudo versprochen waren, hebt diese Schwierigkeit lange noch nicht. Denn 1) gab dergleichen Vertrag doch allemal eine Exception; 2) in L. un. C. etiam ob chirograph. pec. wird es als eine bereits ungezweifelte Rechtswahrheit angemerkt (iure contendis), daß der Schuldner wegen der ihm entgegen stehenden exceptionis doli mali nicht gehört werden könnte, wenn er bloß gegen Erlegung der

eigent-

eigentlichen Pfandschuld, ohne die übrigen Forderungen des Gläubigers zu berichtigen, das Pfand zurückfordern wollte. Ob nun gleich der bloße Vertrag keine Klage hervorbrachte, so entstand doch daraus 3) eine natürliche Verbindlichkeit, derentwegen die Gesetze sogar das Pfandrecht selbst nicht verwarfen [3]), um so mehr also auch ein Zurückbehaltungsrecht Statt finden mußte. **Johann Brunnemann** [4]) weiß sich in dieser Verlegenheit nicht anders zu helfen, als daß er geradezu behauptet, die in L. un. C. dem Gläubiger ertheilte Befugniß, das Pfand auch wegen anderer Forderungen zurück zu behalten, finde in dem Falle nicht Statt, wenn der mit keinem Pfandrecht versehene Anspruch nur eine natürliche Verbindlichkeit hervorbrächte. Gründe führt er nicht an, mag auch wol keine gehabt haben. Uebrigens geht er gar so weit, daß er dem Gläubiger, welcher sich nach geschehener Verpfändung mehrere Zinsen versprechen hätte lassen, von diesem Zeitpuncte an, der Zinsen wegen alles Recht an der verpfändeten Sache dergestalt abspricht, daß auch die geringere Quantität, wofür anfänglich das Unterpfand wirklich mit ertheilet war, nunmehr nicht weiter daraus wahrgenommen werden könnte. Promisi, dieß sind seine eigenen Worte, usuras 4 pro centum; et dedi pignus. Post annum promisi maiores octo scilicet

pro

pro centum. Si pignus non valeat pro totis usuris bessalibus, saltim pro dimidia quantitate valebit. Sed non videtur id textus praesens admittere, quia per promissionem usurarum maiorum a promissione minorum et obligatione pignoris pro minoribus usuris dati, recessisse ambo videntur. Der gute **Brunnemann** ſcheint, indem er dieſes niederſchrieb, der Regel, daß die Entſagung bereits erworbener Rechte ſich ſo leicht nicht annehmen laſſe, uneingedenk geweſen zu ſein, ja ſelbſt die eigenen Worte der angeführten L. 4. C. de usuris: non conuenit, ut pignus etiam *ad hanc adiectionem* teneatur; nicht erwogen zu haben. — **Hugo Donell** [5]) erklärt das Geſetz im Ganzen nicht anders, wie **Brunnemann**, tritt aber doch durch die Gründe, welche er anführt, der Sache ſchon etwas näher. Aus der L. un. C. *etiam ob chirograph. caus.* ſoll es ſeiner Meinung nach ziemlich klar hervorleuchten, daß retentio pignoris propter aliud debitum nur in dem Falle Statt finde, wenn dieſe Schuld eine Klage geſtattete, indem ausdrücklich in gedachtem Geſetze des mutui gedacht würde. — Allein dieſes Argument iſt von weniger Erheblichkeit, weil das Geſetz gleich zu Anfange in möglichſt allgemeinen Ausdrücken dem Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht beilegt. — Nisi ea quoque pecunia tibi a debitore

debitore reddatur, *quae sine pignore debetur*, — nachhin aber nur das mutuum als Beispiel*), oder vielmehr darum angeführt wird, weil der individuelle Fall, welcher dem Kaiser eigentlich zur Entscheidung vorgelegt war, dahin gehören mochte. Er beruft sich ferner auf L. 5. D. de Solut., wonach der Gläubiger nicht ein Mal befugt sein soll, die vom Schuldner unbestimmt geschehene Zahlung auf eine solche Schuld zu rechnen, derentwegen keine Klage Statt findet. Wie viel weniger kann er also das Pfand darum zurückbehalten? Plus enim est soluere, quam pignus dare. Bei genauerer Prüfung der angeführten L. 5. findet man aber sogleich, daß vom Retentionsrechte darin gar die Rede nicht sei. Wenn Jemand mehrere Pöste schuldig ist, worunter einige sich befinden, welche der Gläubiger nicht per modum *actionis* verfolgen kann, und der Schuldner etwas bezahlt, ohne zu bestimmen, welche Forderung er eigentlich dadurch tilgen wolle, so entstehet die Frage: worauf die Bezahlung zu rechnen sei? und diese wird in L. 5. D. de solut. dahin entschieden, daß der Creditor den Empfang zuvörderst auf diejenige Forderung in Anrechnung bringen solle, woraus ihm eine Klage zustünde, weil nicht anders zu vermuthen ist, als daß Jemand sich vor allen Dingen von solchen Schulden, worüber er belangt werden

kann,

kann, loszumachen gewilligt sei. Man sieht also wol, daß dieses mit der in L. 4. C. de usuris enthaltenen Verordnung gar keine Gemeinschaft hat. Westphal [6]) hält die gewöhnlichen Erklärungen dieses Gesetzes mit Recht für unzureichend, um die angeführten Schwierigkeiten zu entfernen. Ich muß aber gestehen, daß ich den Ausweg, welchen er selbst hinzufügt, ebenfalls noch nicht hinlänglich finde. Die Befugniß des Schuldners, das Pfand ohne Berichtigung der Zinsen zurück fordern zu können, glaubt er dadurch zu rechtfertigen, weil die exceptio pacti nur dem entgegen stünde, der wider einen Vertrag etwas verlange. Wenn aber der Schuldner sein Pfand nach Bezahlung der Pfandschuld wieder fordere, und die versprochenen Zinsen wären noch nicht bezahlt, so verlange er nur alsdann etwas gegen den Vertrag, wenn die Verpfändung der Zinsen wegen mit geschehen sei. Dieß sei der Aufschluß der L. 4. C. de usuris. Ob aber hiedurch die exceptio doli generalis, derentwegen nach klarer Vorschrift L. un. C. etiam ob chirograph. caus. die Zurückbehaltung Statt findet, und welche bekanntlich auch aus bloßen Verträgen entstehet, gehoben werde, daran ist um so mehr zu zweifeln, als die angeführte L. un. C. das Retentionsrecht sogar wegen solcher Schulden bewilliget, die mit der Pfandschuld

in

in gar keiner Verbindung stehen; warum es also gleichwol wegen der Accessorien des Kapitals, wofür die Verpfändung geschehen ist, wegfallen sollte, läßt sich nicht absehen. In der Folge wird es sich ergeben, ob man nicht auf eine andere Art L. 4. C. de usuris sowol mit L. un. C. etiam ob chir. caus. als auch überhaupt mit der rechtlichen Analogie dergestalt vereinbaren könne, daß kein Zweifel mehr übrig bleibe.

1) Lib. V. Observ. cap. 28.

2) IOH. ROBERT in receptis lectionibus. Helmst. 1586. pag. 162.

3) L. 5. D. de pignorib. L. 9. §. 1. de pign. act.

4) in Comment. ad L. 4. C. de usuris.

5) Comment. ad Leg. cit.

6) In seinem bekannten Buche vom Pfandrechte pag. 34.

*) NETTELBLADT *de Decisione Casuum secundum Analogiam.* Hal. 1751. Cap. 3. §. 35. 36.

§. 3.

Die Frage: **Ob das Pfandrecht außer dem Kapital auch die Zinsen, Kosten, und Conventionalbuße mit unter sich begreife?** wird von den Rechtsgelehrten gewöhnlich nur im Allgemeinen entweder geradezu bejahet, oder ver-

neinet, anstatt, daß man die verschiedenen Verhältnisse, welche hier eintreten, gehörig unterscheiden, und jeden Gegenstand der Beurtheilung in sein eigenthümliches Gebiete stellen sollte. Man hat den Standpunkt verrückt, den uns die Gesetze zur Entscheidung anweisen, und das bekannte: qui bene distinguit, bene docet, aus den Augen verlohren. Wir werden in der Folge finden, daß in gewissen Fällen das Pfand auch für die Accessorien des Kapitals durchaus haften müsse, wenn gleich die Verpfändung nicht ausdrücklich mit darauf gerichtet ward, daß aber auch in andern Fällen das Gegentheil zu behaupten sei. Kein Wunder also, daß jene Ausleger auf beiden Seiten Gesetze für sich anführen können, die im Grunde freilich weder der einen, noch der andern Partei **gänzlich** das Wort reden. Vor allen Dingen ist aber noch zu bemerken, daß der ganze Streit eigentlich nur die **freiwillige** Verpfändung — pignus voluntarium — betrifft. Das **gesetzliche** Pfandrecht soll seiner Absicht nach die Rechte des Gläubigers, womit es verbunden ist, in ihrem ganzen Umfange völlig sichern, und geht daher unstreitig mit auf die Accessorien dieses Rechts, und auf die rechtlichen Folgen, welche der Schuldner durch die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit veranlaßt hat. Das **gerichtliche** Pfandrecht —

pignus

pignus necessarium iudiciale — betrifft ebenfalls den ganzen Umfang des Rechts, zu dessen Sicherheit es ertheilt ward.

§. 4.

Diejenigen, welche unsere Frage durchaus verneinen [7]), glauben vorzüglich in L. 11. §. 3. de pignerat. act. und in L. 13. §. ult. de pignor. die Bestärkung ihres Satzes anzutreffen. Andere aber, welche das Gegentheil lehren, und das Pfandrecht allemal auf Zinsen, Strafe und Kosten, wenn es nicht ausdrücklich davon ausgenommen sein sollte, erstreckt wissen wollen [8]), berufen sich besonders auf L. 8. §. 5. D. de pign. act. Den übrigen Gesetzen sucht jeder Theil diejenige Deutung zu geben, welche seiner Meinung vortheilhaft ist, so wie es auch beiden nicht an Einwendungen fehlet, wodurch sie die von ihren Gegnern angeführten Gesetze auf ihre Seite zu lenken wissen. So behaupten z. B. die Vertheidiger der bejahenden Meinung, daß in L. 11. §. 3. D. de pign. act. und L. 13. §. ult. D. de pignorib. bloß davon die Rede sei, wenn unter den Parteien ausdrücklich ausgemacht wäre, daß das Pfand lediglich und allein (duntaxat) auf das Kapital oder auf die Zinsen, jedoch nicht weiter sich erstrecken sollte. Eben so verfahren aber auch die in der

Note 7) angeführten Rechtslehrer, von denen das Gegentheil behauptet wird. Offenbar, sagen sie, liegt in L. 8. §. 5. D. de pignerat. act. der Fall zum Grunde, wenn die Contrahenten dahin einig geworden sind, daß das Pfand auch für die Accessorien des Hauptstuhls haften solle. Ehe und bevor wir nun jede dieser Meinungen besonders prüfen, wird es nicht undienlich sein, über den Inhalt der §. 1. angeführten Gesetze im allgemeinen eine kurze Betrachtung anzustellen. Hier ist das Resultat derselben.

7) VOET *ad Pandect.* Lib. XX. Tit. IV. n. 27. SIM. V. LEUWEN *Cens. Forensi*, P. I. Lib. IV. Cap. 11. n. 21. ANTON FABER *in Cod.* Lib. 8. Tit. 8. Def. 8. n. 5. Lib. 6. Tit. 23. Def. 11. ERXLEBEN *de pignoribus* §. 13.

8) BALDUIN *de pignorib.* cap. 10. BEYMA ad L. 13. D. *de pignorib.* NEGUSANT. *de pign.* P. 5. M. I. n. 10. LAUTERBACH *Colleg. theor. pract.* Lib. XX. Tit. 1. §. 59. BACHOV *de pignorib.* Lib. 3. cap. 5. n. 5. PUFENDORF Tom. I. Observ. 13. HELLFELD iurisprud. forens. §. 1083. in not. Westphal vom Pfandrechte. §. 10.

§. 5.

§. 5.

Wenn wir die L. 13. §. ult. *de pignorib.* [9]), allenfalls auch die L. 18. D. *Qui pot. in pign.* ausnehmen, so reden 1) die übrigen Gesetze nur von dem Fall, wenn der Gläubiger sich im Besitz des Pfandes befindet, keinesweges aber davon, wenn er solches vermittelst der hypothekarischen Klage verfolgt. Es ist aber leicht zu erachten, daß von jenem Fall, wegen des damit verbundenen Retentionsrechts, nicht immer auf den letztern zu argumentiren sei. — Wiederum ergiebt sich 2) aus den angeführten Gesetzen so viel klar, daß sie größtentheils auch den Fall nur zum Gegenstande haben, wenn der Gläubiger mit seinem Schuldner zu thun hat; wie es aber zu halten sei, wenn er mit einem dritten Manne in Streit geräth, darüber ist keine **vollständige** ausdrückliche Entscheidung vorhanden. Man siehet gleichwol sehr leicht ein, daß auch hier nicht von Einem auf das Andere die Anwendung zu machen sei. Was sich der Schuldner selbst, und dessen Erben gefallen lassen müssen, dem darf sich ein Dritter nicht immer unterwerfen. Zu den mancherlei Verschiedenheiten, welche bei der Pfandrechtsklage obwalten, nachdem sie gegen den Schuldner selbst, oder gegen einen andern Besitzer angestellt wird, dürfte auch die gegenwärtige Materie einen Beitrag liefern. Gleich-

wie hiernächst 3) in L. 4. C. de usuris die Zinsen, welche der Schuldner erst nach der Verpfändung versprochen, von denen, wozu er sich schon vorher anheischig gemacht hatte, unterschieden werden, so fehlt es auch 4) nicht an Gesetzen, welche das Pfand zwar auf die Zinsen ꝛc. erstrecken, jedoch die Bedingung ausdrücklich hinzufügen: si pignus et in eas obligatum fuerit. Uebrigens aber ist 5) in keinem der angeführten Gesetze unsere Frage ganz allgemein, bestimmt, und ausdrücklich, weder bejahend, noch verneinend entschieden, allein die verschiednen Umstände, unter welchen bald das Eine, bald das Andere eintreten muß, leuchten ziemlich klar aus ihnen hervor. Diese letztere Anmerkung ist es, welche vorzüglich nähere Bestätigung erfordert, und ich kann dieser Forderung nicht besser genügen, als wenn ich nunmehr die gegenseitigen Meinungen dem geneigten Leser zur besondern Prüfung darstelle. Gern will ich, wenn man die eine, oder die andere den Gesetzen angemessen finden sollte, mich den Folgen unterwerfen, welche von der bekannten Wahrheit, ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere, abhängen.

9) Die Ueberschrift des Gesetzes: ad formulam hypothecariam, begründet diese Ausnahme völlig.

§. 6.

§. 6.

Die Behauptung, daß das Pfandrecht allemal die Zinsen und Kosten unter sich begreife, wenn es nicht ausdrücklich davon ausgenommen sein sollte, wird, wie bereits gesagt, von ihren Vertheidigern vorzüglich aus der L. 8. §. 5. D. de pignerat. act. hergeleitet. Allein, wir müssen, wie **Westphal** ganz richtig anmerkt, mit diesem Gesetze noch einige andere vergleichen, um in der Sache keinen Irrthum zu begehen. Wäre es ein ausgemachter Grundsatz des Römischen Rechts, daß das Pfandrecht sich schon nach Vorschrift der Gesetze auf die Zinsen, u. s. w. ohne Unterschied, ob es verabredet sei, oder nicht, erstrecke, so würden die übrigen Verordnungen größtentheils ganz anders gelautet haben. In L. 11. §. 3. de pign. act. heißt es nicht: Siue autem usurae in stipulatum sint deductae, siue non; quamdiu quid ex his debetur, pigneratitia cessabit; sondern es ist die merkliche Bedingung hinzugefügt: Si tamen pignus et in eas obligatum fuit; und unter dieser Voraussetzung soll sich erst das Pfandrecht mit darauf erstrecken. Eben so wird auch in L. 13. §. ult. de pignorib. die Sache entschieden. „Die „Zinsen" sagt der Jurist, „müssen aus dem Pfande „bezahlt werden": Si quoque propter usuras hypotheca obligata est. Würden die Rechtsgelehrten,

von denen diese Gesetze herrühren, wol einen Umstand besonders zur Bedingung gemacht haben, der sich schon aus Verordnung der Rechte, und Natur der Sache von selbst verstanden hätte [10])? Da nun die angeführte L. 8. §. 5. D. de pign. act. diese Voraussetzung nicht verwirft, so ist sie auch natürlich in Grundlage derselben nur zu erklären, und es würde den Regeln der Hermeneutik sicher nicht angemessen sein, wenn man, ohne auf die übrigen Gesetze weiter Rücksicht zu nehmen, aus jener Stelle sogleich die allgemeine Verordnung ableiten wollte, daß das Pfandrecht allemal an sich schon die Zinsen und Kosten mit ergreife, dergleichen doch in dem Gesetze selbst mit keinem Worte anzutreffen ist. So viel vorläufig von der bejahenden Meinung.

[10]) Dieß läßt sich um so weniger vermuthen, je mehr die Römischen Juristen sich überall bemüheten, ihrem Ausdruck die möglichste Bestimmtheit zu geben. ECKHARD *Hermeneut. iur.* Lib. I. Cap. 3.

§. 7.

Eben so wenig aber kann ich auch denen, welche das Gegentheil behaupten, völlig beipflichten. Vor allen Dingen muß ich bemerken, daß ihre Antwort auf den eigentlichen Sinn unserer Frage nicht bestimmt genug eingerichtet zu sein scheinet. Wollen sie damit

so

so viel andeuten, daß die Verpfändung in Ansehung der Zinsen und Kosten unter allen Umständen ausdrücklich und nahmentlich geschehen müsse, so ist dieses den Gesetzen bekanntlich gerade entgegen [11]), indem zur Errichtung des Pfandrechts auch stillschweigende Einwilligung des Schuldners hinreicht, und die Rechte in diesem Stücke der Zinsen, Strafe und Kosten wegen keine Ausnahme gemacht, noch irgendwo verordnet haben, daß consensus tacitus, welcher für den Hauptstamm selbst ein vollgültiges Pfandrecht bewirket, in Ansehung der Accessorien desselben nicht geachtet werden sollte. Doch ich glaube selbst nicht, daß es irgend einem der Rechtsgelehrten, mit denen wir gegenwärtig zu thun haben, je eingefallen sei, zu behaupten, daß der Zinsen und Kosten wegen überhaupt kein stillschweigendes Conventionalpfandrecht Statt finde. Es kommt also nur darauf an, ob und in wie fern die der Hauptschuld wegen geschehene Verpfändung ein solches factum ist, woraus mit Grunde gefolgert werden kann, daß auch wegen der Zinsen, u. s. w. dem Gläubiger die nämliche Sicherheit ertheilt worden. Daß dieses in dem Gesetze, worauf sich die Gegner vorzüglich berufen [12]), gänzlich verneinet sei, läßt sich gar nicht erweisen. Ich will mich hier in den Streit nicht mischen, welchen Robert

und Cujaz über die Leseart dieser Stelle geführt haben. Meine Behauptung verliert nichts dadurch, man mag dem einen, oder dem andern beistimmen. Die natürlichste Erklärung des Gesetzes ist unstreitig diese, daß, wenn diejenige Schuld, wofür das Unterpfand eigentlich nur haftet, bezahlt worden, das letztere befreiet werde, daher, wenn es bloß für die Zinsen, oder bloß fürs Kapital gesetzt worden, der Gläubiger solches auch nicht weiter ausdehnen könne. Man hat also gar nicht einmal nöthig, den Ausdruck: in sortem *duntaxat*, gerade nur so zu erklären, als ob die Zinsen ausdrücklich von der Verpfändung **ausgenommen** wären. Dieß würde freilich Ein Umstand sein, den das Gesetz allerdings mit in sich schließt, allein auch die übrigen Fälle, wo man, obgleich die Zinsen nicht ausdrücklich ausgenommen worden, dennoch keinesweges behaupten kann, daß die Verpfändung stillschweigend mit darauf gerichtet sei, gehören unstreitig dahin. Man trift in L. 4. C. de usuris schon Ein Beispiel davon an. Kurz, die L. 11. §. 3. D. de pignor. act. wie auch L. 13. §. ult. de pignorib. sagen nicht mehr, und nicht weniger, als daß das Pfandrecht sich nur auf diejenige Forderung beschränke, wofür die Verpfändung wirklich geschehen sei. Eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet

pigne-

pigneratitia. Mit keinem Worte aber ist dieß nur allein auf eine ausdrückliche Verpflichtung eingeschränkt, noch weniger verordnet, daß die fürs Kapital geschehene Verpfändung nie von den Zinsen, wenn ihrer nahmentlich keine Erwähnung geschehen wäre, verstanden werden sollte. So viel ist also ausgemacht, daß die Gesetze, worauf sich die Gegner berufen, zu ihrem Vortheil noch nichts entscheiden. Es bleibt daher nichts weiter übrig, als daß wir die Handlung des Schuldners, von dem zur Sicherheit des Kapitals, ohne der Zinsen zu gedenken, ein Pfandrecht verschrieben worden ist, ihrer Natur nach prüfen, und über die wahre Absicht der Contrahenten, welche dabei obgewaltet hat, eine nähere Untersuchung anstellen. Um aber daraus richtige Folgen ziehen zu können, und uns zur vollständigen Entwickelung der verschiedenen Verhältnisse, welche dabei in Betracht kommen, den Weg zu bahnen, wird es nicht undienlich sein, folgende allgemeine Grundsätze, worauf hier alles beruhet, voranzuschicken.

11) Siehe die vorhergehende Abhandlung §. 10. und 11.

12) L. 11. §. 3. D. de pignerat. act.

§. 8.

Der stillschweigende Consens wird aus Handlungen gefolgert. Er setzt 1) ein solches Factum voraus, welches nach Vernunft und Recht nicht anders zu erklären, als daß die Absicht, wovon gegenwärtig die Rede ist, damit verbunden gewesen sei [13]). Läßt sich 2) Statt derselben, ein anderer Zweck dabei gedenken, so ist ein Jeder, wie von seinen Worten, so auch von seinen Handlungen der beste Ausleger [14]); und man muß in zweifelhaften Fällen diejenige Erklärung vorziehen, welche den Urheber der Handlung am wenigsten belästiget [15]). Der stillschweigende Consens unterscheidet sich 3) vom ausdrücklichen nur durch die Art der Erklärung. Seine Wirkung ist daher nicht stärker oder schwächer, als diejenige des letztern. — Gleichwie also 4) die wörtliche Einwilligung der Contrahenten, auf Dinge, woran bei Schließung des Vertrags gar noch nicht gedacht ward, keinesweges zu ziehen ist [16]), so kann auch der stillschweigende Consens zwar wol ad non expressa, aber nie ad non *cogitata* hinaus gedehnt werden [17]), wenn sie nicht wesentliche Folge von dem sind, worauf die Einwilligung wirklich gerichtet worden ist [18]). Auch der stillschweigende Consens setzt 5) einen Gegenstand voraus, worüber die Parteien rechtlich verfügen können, weshalb er den

bereits

bereits erworbenen Rechten eines Dritten keinen Nachtheil verursachen kann.

13) L. 2. §. 1. L. 3. 4. 27. §. 9. L. 57. pr. D. L. 2. C. de pactis.

14) CLAPROTH Iurisprud. heurem. P. I. §. 4. L. 96. D. de V. S. *in ambiguis orationibus maxime spectanda sententia eius, qui verba protulit.* Wobei jedoch dasjenige wol in Acht zu nehmen ist, was Nettelbladt in seinem *system. elem. iurisprud. posit. German. comm. general.* Hal. 1781. §. 243. vorträgt. Si vero actus ex parte eius, cuius verba interpretanda sunt, obligatorius est, interpretatio authentica seu declaratio quidem eatenus admittenda, ut audiatur declarans suam intentionem, ast tamen pro vera adsumi nequit, nisi cum regulis verae interpretationis conueniat.

15) L. 3. D. *de his, quae in testam. del.*: In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustum est, quam tutius. L. 9. D. de Reg. Iur.: semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. *Andr. Florens* RIVINUS *de benigna Iureconsultorum interpretatione.* Vitemb. 1752.

16) CLAPROTH l. c. §. 49.

17) HELLFELD in iurispr. for. §. 290. n. I.

18) L. 99. pr. D. *de Verb. obligat.* HELLFELD l. c. §. 291. n. 2.

§. 9.

§. 9.

Nach diesen Grundsätzen, welche von der durch facta erklärten Einwilligung überhaupt gelten, ist nunmehr die Frage näher zu beurtheilen, ob die für den Hauptstuhl geschehene Verpfändung, auch in Ansehung der Zinsen, Strafe, und Kosten gleichfalls ein Pfandrecht bewirke oder nicht? Da aber diese Accessorien des Kapitals unter sich sehr verschieden sind, so läßt sich auch hier, was von Einem gilt, nicht sogleich auf die übrigen anwenden. Es war vielmehr höchst unschicklich, daß man in dieser Hinsicht allen Unterschied gänzlich außer Acht ließ. Um diesen Fehler zu vermeiden, wollen wir gegenwärtig jeden einzelnen Gegenstand der obigen Frage besonders in Erwägung ziehen, und mit den Zinsen den Anfang machen.

§. 10.

Was diesen Punkt anbetrifft, so ist entweder die Rede von Zinsen des Verzugs, und andern, wozu schon das Gesetz den Schuldner verbindet, oder von solchen, wozu sich der Schuldner durch Vertrag anheischig gemacht hat. Zuerst von jenen. Der Endzweck des Pfandrechts geht bekanntlich dahin, daß der Berechtigte dadurch auf den Fall, wenn der Verpflichtete seine Verbindlichkeit nicht erfüllen sollte,

gesichert

gesichert werde. Der Schuldner ist gehalten, nicht nur überhaupt, was ihm obliegt, zu leisten, sondern auch vorzüglich zur rechten Zeit, und am gehörigen Orte [19]) solches zu bewirken. Läßt er es hieran auf irgend einer Art [20]) ermangeln, so ist er in mora, und daraus schon den Rechten nach verbunden, Zinsen zu bezahlen [21]). Da nun überhaupt das Pfand zur Sicherheit des Gläubigers gereichen soll, so muß es auch unstreitig für den ungebührlichen Verzug des Schuldners, und die selbst nach Vorschrift der Gesetze daraus entspringenden Folgen haften. Hieraus erhellet klar, daß in Ansehung der Verzugszinsen, die Bejahung unserer Frage gar keinen Zweifel zulasse [22]). Denn ob gleich der Verpflichtete solche erst nach der Verpfändung schuldig geworden ist, und die Parteien bei Errichtung des Pfandrechts keine Erwähnung davon gemacht haben, so verstehet es sich doch schon nach der Natur des Pfandes von selbst, daß es den Gläubiger gegen den ungebührlichen Aufschub von Seiten des Schuldners in Sicherheit setzen soll. Damit würde es aber nicht übereinstimmen, wenn in Ansehung der gesetzlichen Folgen des Pflichtwidrigen Verzugs, das Pfandrecht nicht gleichfalls Statt finden sollte. Was nun von den eigentlichen Verzugszinsen gilt, muß natürlich auch von allen durch das Gesetz dem Schuldner auferlegten

Zinsen

Zinsen gelten, weil bei diesen Zinsen, obgleich das wahre Fundament derselben nicht in mora besteht, — man vergleiche die folgende Abhandlung — dennoch in dem Betrachte, wovon hier die Rede ist, entweder gleiche Rechtsgründe, wie bei den Verzugszinsen, eintreten, oder doch die ganze Absicht der Ertheilung eines Pfandrechts nicht erlaubt, dieses von den **gesetzlichen** Folgen der Hauptschuld auszuschließen, wenn die Parteien selbst solches nicht davon ausgenommen oder sich ganz bestimmt dahin erklärt haben, daß es nur allein auf diese Hauptschuld **eingeschränkt** sein sollte. Wenn man sämtliche §. 1. angeführten Gesetzstellen mit Aufmerksamkeit durchliest, so wird man finden, daß darin zwar wol von versprochnen, keinesweges aber von Verzugs, und andern gesetzlichen Zinsen ausdrücklich die Rede sei. Kein einziges von diesen Gesetzen ist daher unserer Behauptung entgegen, da aber dieselbe dem Wesen und der Natur des Pfandrechts aufs genaueste angemessen ist, so behält sie natürlich so lange ihre Gültigkeit, bis Gesetze oder Verabredung der Parteien ein Anderes bestimmt haben.

19) HOMMEL *Rhapsod. Quaest.* Observ. 140.

20) L. 3. §. 1. D. *Commodati vel contra.*

21) Vom termino a quo handelt HOMMEL l. c. Observ. 234.

22) Mit

22) Mit völligem Beistand der Rechte schreibt der berühmte PUFENDORF Tom. I. Obs. 13. Tanto magis dicendum erat, usuras *moraе* cum sorte eodem loco collocari, quod Meuia sub hypotheca bonorum cauerat, quam primum fieri posset, se debitum exsoluturam. Quo facto sub hypotheca bonorum cauit, *moram sese non commissuram*, adeoque hypotheca *in moram atque omne id quod ex mora veniat* constituta fuit.

§. 11.

Bei den vom Schuldner versprochenen Zinsen kommt es vermöge L. 4. C. de usuris darauf an: ob sie zu der Zeit schon bewilligt waren, als die Verpfändung geschah, oder ob der Schuldner sich erst nach der Zeit dazu anheischig machte. Daß auf jene das Pfandrecht sich allewege mit erstreckt, wenn nicht ein anderes unter den Contrahenten ausgemacht worden, ist eben so leicht zu erweisen, als daß im letztern Fall diese Ausdehnung keinesweges Statt findet [23]). Man setze: die Pfand, und Schuldverschreibung laute also: „Ich bekenne vom Herrn „N. N. 1000 Rthlr. als ein Darlehn empfangen „zu haben, und setze für dieses Kapital mein Guth „N. zum Unterpfande, verspreche auch solches jährlich „mit 5 P. C. zu verzinsen" —; oder der Schuldner hatte bereits eine Handschrift über den Empfang des

Darlehns ausgestellt, und darin die jährliche Entrichtung gewisser Zinsen versprochen, jedoch seine Güter zur Zeit nicht verpfändet; als aber der Gläubiger eine Hypothek verlangt, wird ihm solche in folgenden Ausdrücken vom Schuldner ertheilt: „Zur Sicherheit der von N. N. mir „angeliehenen Summe — verpfände ich demselben „hiemit mein sämtliches Vermögen." In beiden Fällen läßt sich nach allen Regeln der juristischen Auslegung keine andere Absicht, noch ein anderer Sinn der Parteien gedenken, als daß die Hypothek gleichfalls mit auf die Zinsen gerichtet sein sollte. Natürlich will der Creditor durch das Pfand seines ganzen Rechtes halber gesichert sein, dem Schuldner war diese Absicht nicht verborgen, und da er folglich die Zinsen von der Hypothek nicht ausnahm, so bewilligte er die letztere ganz unstreitig auch in Ansehung der erstern mit. Daß solches nicht nahmentlich oder ausdrücklich geschah, ändert die Sache gar nicht, weil die wahre Willensmeinung und Absicht der Contrahenten, worauf bei der Verpfändung alles ankommt, keinen Zweifel leidet. Offenbar ist der Schuldner hier derjenige, qui clarius loqui debuisset, mithin die Auslegung allemal wider ihn zu machen.

23) Diesen Unterschied verkennet auch **Westphal** nicht, ob er gleich im übrigen ganz für die bejahende Meinung ist. Seine eigenen Worte pag. 34. am Ende lauten also: „Wenn gleich bei der Einhändigung des Pfandes an den Gläubiger Zinsen „versprochen worden, so wird in den Rechten „angenommen, daß die Verpfändung stillschweigend „mit auf die Zinsen gerichtet worden. — Wenn „aber die Versprechung der Zinsen erst lange nach „der Pfandgebung erfolgt, und es wird der „Verpfändung dabei nicht erwähnet, so wird bei „bewandten Umständen nicht geglaubt, daß der „Contrahenten stillschweigender Wille dahin gegangen, daß das Pfandrecht sich auf die Interessen „mit erstrecken sollte."

§. 12.

Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn der Schuldner, welcher bei Errichtung des Pfandrechts zu keinen Zinsen gehalten war, solche nachhin erst zu bezahlen sich anheischig macht, ohne jedoch die geschehene Verpfändung seiner Güter mit darauf zu erweitern. Hier würde es den Gesetzen, und ihrer Analogie sichtlich widersprechen, wenn man behaupten wollte, daß das Unterpfand dennoch für die in der Folge versprochenen Zinsen mit verhaftet sei. Die Schuld ist die Hauptsache, und nicht das Pfand 24). Ohne jene läßt sich dieses zwar nicht gedenken, wol

aber ein persönlicher Anspruch ohne Pfand. Es versteht sich daher von selbst, daß letzteres nicht Statt finde, wofern es der Gläubiger nicht durch des Schuldners Einwilligung, oder gesetzliche Vorschrift erhalten hat. Einseitig ist er weder befugt, sich überhaupt ein Pfandrecht beizulegen, noch solches weiter, als es ihm wirklich ertheilt war, hinaus zu dehnen [25]). Ist daher die Forderung des Gläubigers nach der Zeit vergrößert worden, so beschränkt sich doch das eigentliche Pfandrecht selbst, lediglich auf das erste Schuldverhältniß, wie es bei der geschehenen Verpfändung obwaltete [26]), mit den daraus entspringenden gesetzlichen Folgen. Alles aber, was überdem nach der Zeit hinzukommt, gehört, wenn wir auf die erste Verpfändung zurück sehen, ad non cogitata, wohin weder der ausdrückliche, noch der stillschweigende Consens sich erstreckt. (§. 8.). Klare Gesetze entscheiden endlich die Sache nicht anders, weshalb es keiner weitern Ausführung derselben bedarf [27]).

24) **Westphal** l. c. §. 14.

25) L. 5. §. 1. D. *in quib. caus. pign. vel hypoth.*

26) Der Grundsatz: Quae in praecedentibus dicta sunt, ea in sequentibus repetita intelliguntur, ist uns hier nicht entgegen, ob er gleich sonst nicht selten Anwendung findet. Quodsi enim, schreibt HUGO DONELLUS in Comment. ad L. 4. C.

de

de usuris, n. 3. 4. id aperte non adparet placuisse, numquam repetita intelliguntur. Idque maxime ſtatuendum eſt, in ea ſpecie de qua hic nunc agitur, de qua ita in vniuersum habendum eſt: qui se vel res suas in aliquam causam obligauit, numquam in aliam causam eandem obligationem repetiisse intelligitur, optima ratione, quia in negotiis gerendis nulla eſt obligatio sine contrahentium consensu. At debitor, qui res suas in unam causam obligavit, numquam exiſtimandus eſt, easdem res in aliam causam obligasse. Nam omnes exiſtimantur ita esse affecti, ut nolint facile iactare suum. Ac proinde nolint obligari nisi ubi aperte voluerunt.

27) L. 4. C. de usuris, in den Worten: Quando eo tempore, quo inſtrumenta emittebantur, non conuenit, ut pignus etiam ad hanc adiectionem teneatur.

§. 13.

Mit dem bisher Vorgetragenen ſtimmen überhaupt die §. 1. angeführten Geſetze ſehr wol überein; ja die Auslegung derſelben wird nach dieſen Grundſätzen nicht wenig erleichtert. Denn da es allerdings Fälle giebt, in welchen das Pfandrecht die Zinſen nicht in ſich ſchließt, ſo läßt ſich nunmehr der bedingte Ausdruck in L. 11. §. 3. D. de pigner. act. und L. 13. §. ult. D. de pignorib. Propter usuras quoque

si obligata sit hypotheca usurae solui debent sehr leicht erklären. Wenn aber **Westphal** [28]) in diesen Worten sogar die Verordnung antreffen will, „daß die Hypothek an sich **allemal** mit auf die „Zinsen gehe, wenn nicht ausdrücklich ausgemacht „worden, daß sie bloß auf den Hauptstamm einge„schränkt sein sollte", so muß ich bekennen, daß er mich nicht überzeugt hat. Mir wenigstens scheint diese Deutung in keinem Betrachte den Worten oder dem Sinn des Gesetzes angemessen zu sein. Daß das letztere von dem Fall rede, wenn der Gläubiger das Pfand, da er es nicht besitzt, mittelst der hypothekarischen Klage verfolgt, ist aus der Inscription desselben klar. Die Frage, welche darin entschieden wird, geht dahin: ob der Kläger verlangen könne, daß auch die Zinsen aus dem Pfande bezahlt werden müßten? und darauf antwortet **Marcian** ganz recht, daß solches nur sodann geschehen dürfe, (usurae solui debent) wenn das Pfandrecht selbst sich auf dieselben mit erstreckte: si quoque propter usuras obligata sit hypotheca. Wir werden unten Gelegenheit haben, von diesem Gesetze noch besonders Gebrauch zu machen, gleich denn auch §. 20. sich deutlich ergeben wird, daß L. 8. §. 5. D. de pigner. act. unserer Theorie im mindesten nicht entgegen stehe.

28) WESTPHAL l. c. pag. 38.

§. 14.

Die **Conventionalstrafe** hat mit den vom Schuldner versprochenen Zinsen einerlei Grund; daher auch von derselben eben das gilt, was in Ansehung dieser Zinsen Rechtens ist [29]). Man hat zwar aus der L. 22. C. de usuris das Gegentheil behaupten wollen, allein nach dem wahren Sinn dieses Gesetzes [30]), leidet die Sache gar keinen Zweifel. Ist demnach die Verpfändung nicht **ausdrücklich** mit auf die Conventionalbuße gerichtet, so kömmt es darauf an, ob der Schuldner sich bereits zur Zeit der geschehenen Verpfändung zur Erlegung der Strafe anheischig gemacht, oder ob er solche nachhin erst versprochen hatte. In beiden Fällen treten die nämlichen Gründe ein, welche wir §. 11. und 12. bei Gelegenheit der Zinsen angeführt haben, woraus sich die Entscheidung von selbst dahin ergiebt, daß zwar wol im ersten, nicht aber in dem letztern Fall eine stillschweigende Verpfändung wegen der Conventionalstrafe anzunehmen sei.

[29]) L. 13. §. ult. D. de pignorib. in den Worten: *Idem et in poena dicemus.*

[30]) **Westphal** l. c. p. 35. giebt eine sehr zutreffende Erklärung dieser Stelle, weshalb ich mit völliger Ueberzeugung den Leser darauf verweisen kann.

§. 15.

Die **Proceßkosten** mußte der Gläubiger aufwenden, weil er zur rechten Zeit seine Befriedigung nicht erhalten konnte; sie gründen sich also in der mora des Schuldners, und weil das Pfand gerade für den ungebührlichen Verzug des letztern haftet, damit der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werde (§. 10.), so rechtfertigt sich nach vorigen Grundsätzen die Folge von selbst, daß das Pfandrecht sich auf diejenigen Kosten allemal mit erstrecke, zu deren Vergütung der Schuldner seiner ungebührlichen Zögerung halber verurtheilt ist.

§. 16.

Die auf das Pfand verwandten Kosten sind bekanntlich dreifacher Art. Es giebt **nothwendige, nützliche**, und solche, die nur *voluptatis* causa aufgewandt werden. Um die letztern dürfen wir uns hier gar nicht bekümmern, weil der Gläubiger ohnehin kein Recht hat, die Vergütung derselben zu fordern [31]). Eben dieß gilt auch von denen, die an sich zwar **nützlich**, jedoch wider des Schuldners Willen gemacht sind [32]). Anlangend aber die durchaus **nothwendigen** Kosten, wohin einestheils diejenigen gehören, welche die Erhaltung der Sache unvermeidlich machte,

an-

anderntheils aber die Abgaben, denen der Gläubiger, als Besitzer des Pfandes, sich schlechterdings unterziehen mußte [33]), ferner den **nützlichen** Aufwand, welcher nicht wider des Schuldners Willen geschehen, wodurch aber die Sache verbessert, und ihr Werth erhöhet worden, so ist zwar der Gläubiger unstreitig berechtigt, deshalb vom Schuldner und dessen Erben, actione pigneratia contraria, Schadloshaltung zu fordern, nur was den **nützlichen** Aufwand anbetrifft, mit der billigen Einschränkung, welche die Gesetze selbst bestimmt haben: ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur [34]). Auch daran ist nicht zu zweifeln, daß dem Gläubiger, wie einem jeden guten Besitzer, wegen beider Arten der Kosten, das Retentionsrecht so lange zustehe, bis er die gehörige Vergütung dafür bekommen hat. Gleichwie aber dieses Recht der Zurückbehaltung vom Pfandrechte außerordentlich verschieden ist, seine Kraft verliert, sobald der Besitz aufhört, gegen einen dritten Inhaber an sich kein Recht giebt, u. d. m.; so läßt sich auch hier nicht von Einem auf das Andere schließen. Es ist und bleibt daher immer noch eine andere Frage: Ob und in wie fern das Pfand, wenn keine ausdrückliche Verabredung darüber geschehen ist, auch für die zur Erhaltung und Verbesserung der Sache aufgewandten

Kosten mit hafte oder nicht? An Gesetzen, worin diese Frage ohne Unterschied bejahend oder verneinend entschieden wäre, fehlt es gänzlich, und obgleich einige Ausleger das erstere in L. 8. §. 5. D. de pignerat. act. antreffen wollen, so ergiebt doch theils der Augenschein, theils wird es die Folge [35]) noch deutlicher darlegen, daß diese Meinung nichts weniger, als gegründet, sei.

[31]) HELLFELD in iurisprud. forensi §. 873. Joh. Ludw. Schmidt praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 829.

[32]) L. 40. et 53. Mandati. L. ult. C. de Neg. gest. HELLFELD l. c.

[33]) L. 6. C. de pignor. WESTPHAL a. a. O. p. 66.

[34]) L. 25. D. de pignerat. act.

[35]) §. 20.

§. 17.

Meiner Meinung nach muß man hier zwischen dem **nothwendigen** und **nützlichen** Aufwand einen Unterschied machen. Wegen des **erstern** ist dem Gläubiger das Pfandrecht nicht zu versagen, da das Gesetz ganz bestimmt verordnet, daß die nothwendigen Kosten mit zu der Pfandschuld gerechnet werden sollen [36]). Die Natur des Pfandrechts, und die wahre Absicht der Parteien, welche dahin geht, daß der Gläubiger zur Sicherheit seiner

For-

Forderung ein dingliches Recht an der Sache bis zum Abtrag der Schuld behalten soll, bringt das auch unstreitig mit sich. Denn soll dieser Zweck erreicht werden, so ist der zur Conservation der Sache nothwendige Aufwand nicht zu unterlassen. Indem also der Schuldner seinem Gläubiger ein Pfandrecht versicherte, so willigte er auch eben dadurch in alles dasjenige ein, ohne welches die Absicht beider Theile gar nicht Statt findet. (§. 8.) Da nun das Pfand dann erst die Hauptschuld bedeckt, wenn dem Gläubiger diejenigen Kosten bezahlt werden, ohne deren Verwendung die Sache würde zu Grunde gegangen, oder dem Gläubiger entzogen sein, so würde dieser offenbar an seinem dinglichen Rechte und an der Sicherheit, welche er seiner Forderung wegen haben soll, verkürzt werden, wenn diejenige Summe, wodurch er die Erhaltung der Sache besorgt hat, davon ausgenommen werden sollte. Hieraus folgt also unstreitig, daß der Pfandgläubiger wegen der nothwendigen, auf die Sache selbst verwandten Kosten, außer dem Retentionsrechte auch einen dinglichen Anspruch an der Sache erhalte, welchen er, wenn diese etwa aus seinem Besitze kommen sollte, auch gegen einen dritten Inhaber geltend zu machen, vollkommen befugt ist.

[36]) L. 6.

36) L. 6. C. de pignorib. In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit.

§. 18.

Nicht so verhält sich die Sache, wenn von bloß **nützlichen** Ausgaben die Rede ist. Nach des **Leysers** Meinung Spec. 167. Med. I. sollte man hier ein gesetzliches Pfandrecht behaupten. Allein die Stellen, worauf er sich beruft, und welche ohnehin von den selbst zur Erhaltung der Sache geschehenen Verwendungen reden, sind seiner Lehre nicht günstig, und uns wenigstens gar nicht entgegen. Denn 1) hat der Gläubiger kein vollkommnes Recht, die **Verbesserung** der verpfändeten Sache zu verlangen. Zwar kann mit seinem Schaden Niemand, mithin auch der Schuldner sich nicht bereichern. Allein dieß giebt ihm nichts weiter, als einen persönlichen Anspruch, welcher bekanntlich dann erst mit einem Pfandrechte bedeckt wird, wenn zu dem letztern ein rechtlicher Entstehungsgrund vorhanden ist 37 a). Und eben hieran fehlt es im gegenwärtigen Falle gänzlich. Vorausgesetzt nämlich, daß die Contrahenten nicht ausdrücklich darüber einig geworden sind, so ist 2) gar nicht abzusehen, aus welchem

welchem Fundamente sich der Gläubiger wegen des nützlichen Aufwandes ein Pfandrecht zueignen könnte. Gesetze, worin ihm solches wirklich beigelegt würde, haben wir nicht. — Die Natur des Pfandcontracts erfordert zwar wol die Erhaltung der Sache, nicht aber die Verbesserung derselben. Es läßt sich auch nicht annehmen, daß die Absicht der Parteien hierauf gerichtet gewesen sei, vielmehr gehören diese Kosten in Rücksicht auf die ursprüngliche Pfandgebung lediglich ad non cogitata, und mithin fällt auch die stillschweigende Verpfändung gänzlich weg (§. 8) —. Gesetzt auch, daß die Verbesserung des Pfandes in der Folge mit des Verpfänders Einwilligung gemacht wäre, so würde doch darum, nach eben den Gründen, welche im Vorhergehenden bei den nach der Verpfändung erst versprochenen Zinsen vorgekommen sind, das Pfandrecht auf diesen Kostenaufwand sich keinesweges mit erstrecken. Hätte der Gläubiger solches haben wollen, so lag es ihm ob, sich um rechtliche Erlangung desselben zu bemühen. Da er aber hierauf nicht bedacht gewesen ist, sondern ohnedem aus seinen Mitteln die Verbesserung des Pfandes besorgt hat, so bleibt ihm auch wegen der Kosten nichts weiter, als eine persönliche Forderung, übrig, die zwar, in so fern sie an sich rechtmäßig ist [37 b]), ihm als Besitzer des Pfandes ein Zurückbehal-

behaltungsrecht, keinesweges aber einen dinglichen Anspruch an die Sache selbst geben kann. Ohne den Grundsätzen, worauf der stillschweigende Consens allein nur gebauet werden kann (§. 8), ohne den Regeln, welche bei Auslegung der Verträge durchaus beobachtet werden müssen [38]), offenbar zu nahe zu treten, läßt sich nicht behaupten, daß die des Kapitals wegen geschehene Verpfändung auch ohne weitere Verabredung die nützlichen Kosten mit in sich schließe.

[37] a) L. 30. D. de pigner. act. L. 16. 17. C. de pignorib. Es ist Niemandem erlaubt, sich einseitig ein Pfand in des andern Gütern anzumaßen, wenn dieser ihm gleich schuldig ist. Die Rechte erlauben es auch keinem Pfandgläubiger, das bereits erlangte ius pignoris einseitig zu erweitern. L. 11. D. de reg. iur. L. 5. D. de adquir. vel amitt. possess. LEYSER Spec. 229. Med. 2.

[37] b) L. 25. D. de pignerat. act.

[38]) L. 99. pr. de Verb. obl. LEYSER Spec. 41. Med. 4.

§. 19.

Ob nun gleich, wie bisher gezeigt worden ist, eine des Hauptstuhls wegen geschehene Verpfändung nicht immer auch auf die Zinsen, Conventionalstrafe, und Kosten sich erstrecket, so ist doch nicht zu leugnen, daß der Gläubiger sehr oft aus andern Gründen

berech-

berechtigt sein kann, sich dieser Accessorien wegen an die verpfändete Sache bis zu seiner völligen Befriedigung zu halten. Wiederum giebt es Fälle, wo zwar gewiß ist, daß die Verpfändung mit auf Zinsen, u. s. w. gerichtet worden, und gleichwol die hypothekarische Klage ihrentwegen nicht durchgängig Statt findet. Will man daher die Sache ihrem ganzen Umfange nach vollständig entwickeln, so sind nunmehr noch folgende Fälle in nähere Erwägung zu ziehen.

§. 20.

Erster Fall: Wenn der Gläubiger sich im Besitz des Pfandes befindet, und bloß mit dem Schuldner zu thun hat. Dem besitzenden Pfandgläubiger steht bekanntlich das Retentionsrecht bis zu seiner gänzlichen Befriedigung zu. Da nun dieses Zurückbehaltungsrecht nach klarer Vorschrift der Gesetze sich auch auf andere Forderungen, als diejenige, wofür eigentlich die Sache verpfändet worden ist, erstrecket, so ist leicht zu erachten, daß in diesem Fall wegen der Zinsen und Kosten kaum ein Zweifel entstehen könne. Der Gläubiger ist nicht allein berechtigt, dem Schuldner vor geleisteter Zahlung das Unterpfand zu vorenthalten, sondern er kann auch freilich am Ende, die

rech-

rechtliche Veräußerung des Pfandes bewirken, und aus dem Kaufgelde sich sowol an Kapital, als auch an Zinsen, Strafe, und Kosten bezahlt machen. Von diesem Retentionsrechte ist in L. 22. C. *de usuris*, und in L. un. C. *Etiam ob chirographar. caus.* die Rede, von dem Verkaufe aber, wozu am Ende der Gläubiger schreiten kann, handelt L. 8. §. 5. D. de pigner. act. Man siehet daher wol, daß einestheils dieses Gesetz die Meinung derjenigen, welche **das Pfandrecht** selbst allemal auf Zinsen und Kosten mit ausdehnen, nicht unterstütze, anderntheils aber daß es gar nicht nöthig sei, mit den Vertheidigern des Gegentheils zu behaupten, daß erwähnte L. 8. §. 5. nur von dem Fall zu verstehen sei, wenn die Sache der Zinsen und Kosten halber ausdrücklich mit verpfändet wäre. Denn so viel das **Erste** anbetrifft, so behauptet zwar **Westphal** [39]), daß, da dieses Gesetz dem Gläubiger die Befugniß ertheile, das Pfand der Zinsen und Kosten wegen zu **verkaufen**, hieraus nothwendig folgen müsse, daß es selbst sich darauf erstrecke. Denn das Veräußerungsrecht sei ein wesentliches Stück des Pfandrechts. Ich gebe es zwar zu, daß das letztere seinem Wesen nach mit dem iure distrahendi unzertrennlich verknüpft ist [40]), jedoch glaube ich nicht, daß man den Satz umkehren, und darum,

weil

weil die Gesetze dem im Besitz des Pfandes sich befindenden Gläubiger die Befugniß geben, den Verkauf auch auf die Zinsen u. s. w. mit zu richten, sofort behaupten könne, daß dem Creditor auch dieser Accessorien wegen ein wirkliches Pfandrecht zustehe. Unstreitig läßt sich das Recht zu veräußern auch ohne ein eigentliches pignus in diesem Fall gar wol gedenken, weil der Gläubiger es bloß mit dem Schuldner zu thun hat, der ihm doch gerecht werden müßte. Freilich darf der Gläubiger es sich nicht herausnehmen, das Unterpfand auch wegen jeder andern Forderung, wofür es eigentlich nicht mit gesetzet worden, gleichfalls zum Verkauf zu bringen. Wenn hingegen von einer solchen Forderung die Rede ist, welche der wirklichen Pfandschuld als ein Accessorium beitritt, so haben es die Gesetze billig befunden, daß er bei Veräußerung des Pfandes mit darauf Bedacht nehmen dürfe, daß diese Nebenforderungen gleichfalls aus dem Kaufgelde berichtiget würden. Dieß ist der ganze Inhalt der L. 8. §. 5. D. de pigner. act. Ob nun daraus die Folge abgeleitet werden könne, daß das Pfandrecht selbst sich allemal mit auf Zinsen und Kosten erstrecke, und der Gläubiger solches ohne Unterschied, er besitze die Sache, oder nicht, er habe es mit dem Schuldner selbst, oder einem Dritten zu thun, schlechterdings

sich beilegen dürfe? das will ich gern der Entscheidung des nachdenkenden Lesers überlassen. Das Zweite betreffend, wird, wie oben bereits erwähnet worden ist, von den Rechtslehrern, welche unsere Frage durchaus negando beantworten, diese von ihren Gegnern angezogene L. 8. §. 5. D. de pignerat. act. dahin erklärt, als ob eine der Zinsen und Kosten halber ausdrücklich geschehene Verpfändung darin voraus gesetzt werde. Allein sichtlich bedarf es dieser höchst willkührlichen Erklärung, um dadurch die bejahende Meinung zu widerlegen, gar nicht. Denn da es in dem Gesetze heißt: quum pignus *ex pactione* venire potest, und ferner der impensarum in demselben gedacht wird, so ist es klar, daß von dem Falle, da der Gläubiger sich im Besitz der Sache befand, und es mit dem Schuldner selbst zu thun hatte, die Rede sei. Daraus aber, daß die Gesetze ihm in diesem Fall die Befugniß ertheilen, sich aus dem gelöseten Kaufgelde, auch wegen der Zinsen u. s. w. bezahlt zu machen, folgt noch gar nicht, daß das Pfandrecht sich unter allen Umständen bis dahin erstrecke, und es ist daher in der That nicht abzusehen, warum man hier eine ausdrückliche Verpfändung herbeirufen müßte, da doch im Gesetze selbst, kein Wort davon vorkommt.

39) a. a. O. pag. 32; mit ihm ist gleicher Meinung BACHOV *de pignor.* Lib. 3. Cap. 5. n. 5.

40) §. 1. I. *Quibus alien. lic.* L. 1. 2. C. *Debit. vend. pign. imp. non posse.* L. 3. C. *Si ant. cred.*

§. 21.

Zweiter Fall: Wenn der Gläubiger das Pfand zwar besitzt, allein nicht mit dem Schuldner selbst, oder dessen Erben, sondern mit einem andern Gläubiger, und zwar einem solchen, welcher ihm vorgehet, zu thun hat.

Nach gemeinen Rechten schützt bekanntlich der alleinige Besitz des Pfandes gegen einen ältern, oder sonst privilegirten Gläubiger gar nicht [41]; auch das handhabende Pfand muß diesen Vorzügen weichen [42], und bei entstandenem Concurs an die Masse geliefert werden [43]. Es ist also leicht zu erachten, daß in dem gegenwärtigen Falle kaum die Frage darüber entstehen könne, ob dem besitzenden Gläubiger in Ansehung seiner Zinsen, Conventionalstrafe und Kosten ein Pfandrecht zustehe? weil den ältern, oder ihm vorgehenden Gläubiger alles dieses gar nicht angehet. Da inzwischen der letztere sich mit dem Schaden eines andern nicht bereichern darf, so ist

in Ansehung der auf die Sache selbst verwandten Kosten dem Inhaber des Pfandes die Befugniß nicht zu versagen, welche einem jeden redlichen Besitzer zustehet [44]).

[41]) Nur in dem Falle, wenn mehrern zu gleicher Zeit, jedoch nicht gemeinschaftlich, eine Sache verpfändet worden, behält der Besitzer den Vorzug. L. 20. §. 1. D. de pigner. act. L. 10. D. de pignorib. **Westphal** l. c. p. 221.

[42]) L. 2. u. 12. pr D. L. 2. u. 4. C. qui pot. in pign. I. H. BOEHMER *de diuerso pignoris et hypothecae iure* Cap. I. §. 13.

[43]) Nach gemeinem Rechte ist die Sache zwar streitig. Man vergleiche unter andern SCHAUMBURG principia praxeos iudic. II. 8. 10. not. MEVIUS Dec. VII. 250. HELLFELD iurisprud. forens. §. 1822. u. das. angef. DD. Gesetze entscheiden darüber nicht ausdrücklich. Ueberwiegend sind aber im Ganzen die Gründe, welche aus der Natur des Concurses, und aus dem gegenseitigen Verhältnisse der Gläubiger vermöge desselben, gegen die Zulässigkeit des Retentionsrechts ohne weitere Rücksicht auf die Vorzüge des besitzenden Gläubigers hervorgehen, und welche **Dabelow in der systematischen Erläuterung der Lehre vom Concurs** II. 142. ꝛc. bündig und einleuchtend dargestellt hat. Die besondern Vorrechte eines handhabenden Pfandes nach dem Lübeckschen Rechte hat **J. L. Stein** in seiner **Einleitung zur Lüb-**

schen

schen Rechtsgelahrtheit p. 303. n. 2. 3. 4. gründlich entwickelt.

44) L. 38. D. *de hered. petit.* L. 27. §. 5. D. *de rei vind.* J. L. Schmidt in seinem praktischen Lehrbuche von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 491. n. 15. hat es daher auch in diesem Betrachte mit Recht unter die der hypothekarischen Klage — insofern sie nicht gegen den Verpfänder selbst angestellt wird — entgegenstehenden Einreden gezählt, daß Kläger erst den nothwendigen und nützlichen Aufwand zu ersetzen habe.

§. 22.

Dritter Fall: Wenn der besitzende Creditor mit einem ihm nachstehenden Gläubiger des Pfandes halber zu thun hat.

Vermöge des bekannten iuris offerendi ist ein nachgehender Gläubiger befugt, durch Ausbezahlung des ihm vorgehenden, sich dessen Rechte zu verschaffen [45]). Wie nun in solchem Falle der ältere Gläubiger mit Recht verlangt, daß ihm seine ganze Forderung, derentwegen er ein Pfandrecht hat, berichtigt werde, so ist auch hingegen der nachfolgende nicht verbunden, ihm ein Mehreres, als die eigentliche Pfandschuld zu bezahlen. Hat gleich der erstere auch anderer Forderungen wegen das Retentionsrecht, so darf er solches doch nur gegen den

Schuldner und dessen Erben, nicht aber wider einen Dritten ausüben. Die Frage: ob ein Pfandgläubiger, wenn er an die Stelle seines Vorgängers treten will, diesem auch die persönliche Forderung, derentwegen er das Zurückbehaltungsrecht hat, zu bezahlen anbieten müsse? ist in unsern Gesetzen durchaus verneinend entschieden. *Quod in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre* [46]). Hieraus ergiebt es sich von selbst, wie es in diesem Falle in Ansehung der Zinsen, Strafe und Kosten zu halten, und ob der jüngere Gläubiger solche gleichfalls zu berichtigen verbunden sei? Wenn wir den zum Besten der Sache selbst geschehenen Aufwand ausnehmen, von dem es nun einmal ausgemacht ist, daß der Inhaber des Pfandes solches nicht eher räumen dürfe, als bis ihm Vergütung dafür geschehen ist, (§. 21.) so kann der ältere Gläubiger die Bezahlung der übrigen Accessorien des Kapitals nur in sofern verlangen, als sich mit Grunde behaupten läßt, daß das eigentliche Pfandrecht selbst mit darauf gerichtet sei. Ist dieses nun nicht ausdrücklich geschehen, so hängt die Entscheidung lediglich von den Grundsätzen ab, welche wir oben §. 10. bis 18. bemerkt haben. Vermöge derselben fordert der ältere Pfandgläubiger außer

dem

dem Kapital mit Recht a) die Zinsen und Proceßkosten, welche durch ungebührlichen Verzug des Schuldners erwachsen sind (§. 10. u. 15.); b) die versprochenen Zinsen und Conventionalbuße, wozu sich der Schuldner zur Zeit der geschehenen Verpfändung bereits anheischig gemacht hatte (§. 11. u. 14.); keinesweges aber c) die erst nach der Verpfändung versprochenen Zinsen und Conventionalstrafe, wofern nicht die Parteien wirklich verabredet haben, daß das Pfand auch für diesen Zuwachs haften solle. Alle Zweifel und Einwürfe, welche hiegegen nur irgend gemacht werden können, verschwinden sogleich, wenn man nur erwägt, daß die Gesetze selbst die Sache nicht anders entscheiden. In L. un. C. Etiam ob chirographar. caus. heißt es ausdrücklich, daß der nachfolgende Gläubiger nur solche Schuldforderungen zu zahlen habe, derentwegen dem erstern ein wirkliches Pfandrecht zukomme. Und in L. 4. C. de usuris werden Zinsen, welche der Schuldner erst nach geschehener Pfandgebung versprochen hatte, vom Pfandrechte deutlich ausgenommen.

45) THOM. SIEGFRIED RING de iure offerendi posterioribus hypothecariis contra priores competente, Erford. 1700. GUSTAV BERNH. BECMANN de Successione creditoris in alterius et suum ipsius locum, Goett. 1781. §. 16. 17. 18.

HOFACKER princip. iur. ciu. Rom. Germ. §. 1216. etc.

46) L. un. C. Etiam ob chirographar. caus.

§. 23.

Hier ist meiner Meinung nach der Fall vorhanden, wo man die angeführte L. 4. C. de usuris, über deren Sinn von Zeit zu Zeit nicht wenig gestritten worden ist (§. 2.), am schicklichsten mit der Analogie und den übrigen Gesetzen vereinigen kann. Was überhaupt die Erklärung der in dem Justinianeischen Codex enthaltenen Verordnungen schwierig macht, — der gänzliche Abgang einer genauen Nachricht von den factischen Umständen, worauf sich die Kaiserlichen Rescripte, und Decrete beziehen [47]) — ist vielleicht auch hier die einzige Ursache, warum dieses Gesetz den Auslegern so viel zu schaffen gemacht. Erklärt man die Stelle, wie bisher, dahin, daß selbst der Schuldner befugt sein soll, die verpfändete Sache zurück zu fordern, wenn er gleich die nach der Verpfändung versprochenen Zinsen nicht bezahlet hätte, so ist und bleibt diese Vorschrift allemal äußerst sonderbar, und auch die scharfsinnige Wendung, deren Westphal sich bedient, hebt die Schwierigkeit gar nicht (§. 2.). Es kömmt also darauf an: ob nicht unter andern Umständen das erwähnte Gesetz

dem

dem Systeme des bürgerlichen Rechts genauer angemessen sei [48])? In der Verordnung selbst ist nicht ausdrücklich bestimmt, **mit wem** der besitzende Gläubiger zu thun habe, ob mit dem Schuldner selbst, oder mit einem jüngern Creditor, der durch Ausbezahlung der Pfandschuld in die Stelle und Rechte des erstern treten wollte? Wie, wenn man das Gesetz bloß von dem letztern, mithin gerade demjenigen Falle erklärte, von dem wir gegenwärtig handeln? Mir scheint diese Interpretation, ob ich sie gleich mit Autorität der bisherigen Ausleger nicht belegen kann, dennoch desto gegründeter zu sein, je mehr die Uebereinstimmung derselben mit andern Gesetzen, und überhaupt die rechtliche Analogie solche unterstützet. Denn wenn der jüngere Pfandgläubiger sich des Eintretungsrechtes bedienen will, so darf er nur diejenige Forderung abtragen, derentwegen dem Inhaber der Sache **ein wahres Pfandrecht** zustehet, folglich kann ihm der Zinsen halber die Sache nur dann vorenthalten werden, wenn die Verpfändung mit darauf gerichtet worden ist. Dieß läßt sich aber nicht behaupten, wenn die Zinsen erst nachher versprochen wurden; mithin ist der Abtrag derselben dem nachfolgenden Gläubiger nicht aufzubürden. Hiemit stimmt die in L. 4. C. de usuris enthaltene Entscheidung genau überein; was hindert

uns also, das Gesetz von dem Falle zu erklären, welcher nach so vieler Wahrscheinlichkeit dabei zum Grunde gelegen hat, und in dessen Voraussetzung die vorkommende Entscheidung mit den übrigen Grundsätzen des Rechts völlig übereinkommt, denen sie sonst ganz widerstreiten würde.

47) *Ideo difficilem legum Codicis interpretationem esse, quod haud raro circumstantiae facti, de quo consulti fuerunt Impp., nos fugiant, et non nisi rarissime ex rescriptis, quid in facto fuerit, coniicere, speciemque e verbis illorum constituere nobis liceat*; schreibt **Püttmann** L. 2. Aduers. iur. vniuersi. pag. 76. Vergl. ECKHARD Hermeneut. iur. §. 221. **A. F. J. Thibaut** Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts p. 170.

48) Si enim Legis ambiguae altera interpretatio analogiae iuris contraria est, altera vero non; posterior interpretatio priori praeferenda est. **Nettelbladt** *Syst. Elem. iurispr. general.* §. 236.

§. 24.

Vierter Fall: Wenn der Gläubiger sich nicht im Besitz des Pfandes befindet, sondern solches mit der hypothekarischen Klage und zwar gegen den Schuldner selbst verfolgt. Ist der Gläubiger nicht im Besitz des

Pfandes,

Pfandes, so fragt sich, ob er die hypothekarische Klage dahin anstellen könne, daß ihm das Pfand auch der Zinsen, Conventionalstrafe und Kosten halber eingeräumt werde, wenn in dieser Absicht keine ausdrückliche Verpfändung vorhanden ist? Die Pfandklage ist und bleibt zwar, sie mag nun gegen den Schuldner selbst, oder gegen einen dritten Besitzer erhoben werden, immer eine actio in rem, das Fundament derselben ist in beiden Fällen dasselbe, wie denn auch der Kläger sowol gegen den Schuldner, als den dritten Inhaber diese Klage nur dahin richten kann, daß ihm die Sache bis zum Abtrag derjenigen Forderung, wofür sie verpfändet ist, abgetreten werde. An sich kann sie daher auf Zinsen, Strafe und Kosten nur dann mit gerichtet werden, wenn es ausgemacht ist, daß das Pfandrecht sich bis dahin erstreckt. Da aber bekanntlich der Gläubiger gegen den Schuldner selbst mit der Realklage auch den persönlichen Anspruch verbinden kann [49]), so dürfte in diesem Fall, wenn nur die Verpfändung wegen des Hauptstuhls ihre Richtigkeit hat, nicht gar viel darauf ankommen, ob das Pfand an sich auch für die Accessorien des Kapitals mit verabredet sei. Denn da der Schuldner ohnehin mit seinem ganzen Vermögen, wenn auch gar keine Hypothek errichtet wäre, dem Gläubiger haftet, so

liegt

liegt ihm unstreitig ob, die Zinsen entweder zu bezahlen, oder sich auch gefallen zu lassen, daß seine Güter zur völligen Befriedigung des Gläubigers angegriffen werden — 50). Dem letztern stehet also kein rechtliches Hinderniß entgegen, die der Hauptschuld wegen verpfändeten Sachen, auch im Betreff der Zinsen ꝛc., wenn gleich das Pfandrecht selbst weder ausdrücklich noch stillschweigend darauf mit gerichtet worden, zu seiner Befriedigung und als Gegenstände der Hülfsvollstreckung anzuwenden, wofern der Verpflichtete nicht auf andere Art seine ganze Schuld zu tilgen vermag.

49) Obgleich der Gläubiger gegen den Schuldner selbst auch alternativisch auf Bezahlung der Schuld seinen Antrag mit richten kann, so ist doch solches in der That keine Folge der hypothekarischen Klage, welche ihrer Natur nach kein anderes Gesuch zuläßt, als: „daß Klägern an der Sache „ein Pfandrecht zustehe, folglich Beklagter solche „bis zur Befriedigung des erstern abzutreten „schuldig." Jenes alternative Gesuch gegen den Schuldner entsteht aus der Cumulation der persönlichen Klage mit der dinglichen, kann also gegen den dritten Besitzer eigentlich nicht Statt finden. Unrichtig ist es aber, wenn man diesen Unterschied in der hypothekarischen Klage selbst antreffen will, und daher behauptet, daß das Gesuch derselben zwar wol wider den Schuldner, jedoch nicht wider

einen

einen Dritten alternativisch eingerichtet werden könnte. Wie wenig genau diese Lehre sei, fällt in die Augen. BOEHMER *de actionib.* Sect. 2. Cap. 3. §. 101. ERXLEBEN *de pignoribus* §. 312.

50) Westphal vom Pfandrechte pag. 93.

§. 25.

Fünfter Fall: Wenn der Gläubiger das Pfand gegen einen dritten Besitzer verfolgt.

Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn der Gläubiger nicht den Schuldner selbst, oder dessen Erben, sondern einen dritten Besitzer der Hypothek belanget. Gegen diesen fällt 1) der persönliche Anspruch gänzlich weg, daher auch wider ihn die im vorigen §. erwähnte Cumulation der Klagen nicht Statt findet [51]). Das Recht, ihn zu belangen, erstreckt sich nie weiter, als in so fern dem Kläger ein dingliches Recht zustehet. Er darf 2) nicht mehrere Ansprüche an die Sache selbst gelten lassen, als der Verpfänder in der That derselben aufgebürdet, und 3) hat aufbürden können. So ungezweifelt richtig diese Grundsätze sind, eben so ist es auch die Folge, daß der hypothekarische Gläubiger die verpfändete Sache, wenn sie in den Händen eines Dritten ist, außer dem Kapital auch der Zinsen,

Strafe,

Strafe, und Kosten wegen nur sodann in Ansprache nehmen kann, wenn sein Pfandrecht selbst sich mit darauf erstrecket. Dieß setzt aber zweierlei zum voraus: Einmal, daß die Sache auch der Zinsen, Strafe, und Kosten wegen wirklich verpfändet, und zweitens, daß das Pfandrecht zu einer solchen Zeit bestellet sei, da der Schuldner es zu ertheilen, noch ermächtigt war. Beides ist gegenwärtig etwas näher zu betrachten. So viel das Erste anbetrifft, so siehet man wol, daß das Pfand für die Zinsen des Verzugs, und diejenigen, wozu sich der Schuldner zur Zeit der Verpfändung bereits anheischig gemacht hatte, allerdings haften müsse, gesetzt auch, daß die Verpfändung nicht mit ausdrücklichen Worten dahin ausgedehnt worden, weil in diesem Fall das pignus tacitum conuentionale keinen Zweifel leidet (§. 11.). Ist hingegen die Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, erst nach Errichtung des Pfandrechts durch einen Vertrag begründet, jedoch wegen des Pfandrechtes keine weitere Verabredung getroffen, so fällt das letztere, wie oben bereits gezeigt worden, in Ansehung dieser Zinsen weg. Da nun der Gläubiger gegen einen dritten Besitzer nur ein dingliches Recht verfolgen kann, so ist es klar, daß in letzterm Falle die Zinsenforderung den Beklagten gar nicht angeht [52]), und er vielmehr entweder durch

baare

baare Bezahlung des Kapitals sich von der ganzen Klage losmachen, oder, wenn er die Sache abtritt, dennoch nicht leiden darf, daß der Kläger sich auch der Zinsen wegen daraus bezahlt mache, weil es ihm deshalb an einem dinglichen Rechte gänzlich ermangelt. In Ansehung der Conventionalstrafe und Kosten geht es hier nach eben den Grundsätzen, welche davon oben bereits entwickelt sind. Dieß wird, so viel den ersten Punkt anbetrifft, vorläufig genügen.

51) Diesem ist nicht entgegen L. 16. §. 3. D. de pignorib. in den Worten: Si vero possideat, et aut pecuniam soluat, aut rem restituat, aeque absoluendus est; wobei BOEHMER de actionibus l. c. §. 100. ganz recht erinnert: utut *possit* soluere, non tamen obligatur ad soluendum, nec ex iure ad rem contra eum agitur, sed ex iure hypothecario.

52) Argum. L. 29. pr. D. de pignoribus. Hier ist es, wo die L. 13. §. ult. D. de pignoribus ihre eigentliche Anwendung findet.

§. 26.

Bekanntlich ist es aber, wenn diese Klage gegen einen Dritten erhoben wird, nicht hinreichend, daß der Kläger darthut, die Sache sei ihm von seinem Schuldner verpfändet, sondern es kommt noch vorzüglich darauf an: Ob dieser überhaupt, oder

wenig-

wenigstens zu der Zeit, als das angebliche Pfand errichtet ward, die Befugniß hatte, den Gläubiger damit zu versehen [53])? Ein Umstand, welcher auch bei den Zinsen, die der Gläubiger fordert, nicht außer Rücksicht ist. Wenn daher I) der Schuldner nach geschehener Verpfändung allererst Zinsen verspricht, und auch das Pfandrecht ausdrücklich bis dahin erweitert, allein dermalen das Eigenthum der Sache nicht mehr hat, so fällt unstreitig das Pfand in Ansehung der Zinsen weg, weil der Schuldner kein Recht mehr hatte, der Sache eine größere Last aufzulegen [54]). Jedoch ist dieses II) auf den Fall gar nicht anzuwenden, wenn das Pfandrecht an sich, es sei nun ausdrücklich, oder stillschweigend, sowol fürs Kapital, als auch für die Zinsen u. s. w. gültig ertheilt, immittelst aber die Sache, ehe der Verpfänder die Zinsen in der That schuldig ward, an einen andern veräußert worden sein sollte. Der Rechtsfall ist dieser: Sempronius nimmt im Jahr 1770 ein Kapital von 1000 Rthlr. auf, verspricht solches nach halbjähriger Kündigung zu bezahlen, bis dahin aber mit 5 von Hundert zu verzinsen, und setzt sein Wohnhaus dem Gläubiger zur Hypothek. Schon im Jahr 1772 verkauft er es an den Titius, bezahlt aber seine Schuld nicht, sondern läßt auch sogar die Zinsen bis 1782 unab-

unabgetragen. Nun kündigt der Gläubiger, und stellt darauf die hypothekarische Klage wider den Titius an. Dieser behauptet aber, daß die seit 1772 restirenden Zinsen aus dem Pfande nicht dürften bezahlt werden, weil a) Sempronius solche schuldig geworden, da er nicht mehr Eigenthümer der Sache gewesen sei, folglich dieselbe auch mit dinglichen Ansprüchen nicht weiter hätte belästigen können; ein ungebührlicher Verzug, wofür freilich das Pfand haften müßte, sei in diesem Zeitraume nicht vorhanden, weil der Gläubiger nicht gekündigt hätte, und obgleich b) die Hypothek auch der künftigen Zinsen halber versichert worden sei, so hätte es doch von dem Willen des Schuldners abgehangen, die Zinsen auch nicht schuldig zu werden, folglich sei hier bekannten Rechten nach der Fall vorhanden, da das Pfandrecht nicht zu der Zeit, als es errichtet, sondern vielmehr zu der Zeit, als die Schuld wirklich geworden, seinen Anfang nähme [55]). Damals aber wäre Sempronius nicht mehr Herr des Hauses gewesen, folglich hätte auch das Pfandrecht in Ansehung der gedachten Zinsen gar nicht weiter entstehen können.

[53]) ERXLEBEN *de pignoribus* §. 311. 315.

[54]) Argum. L. 15. §. 1. D. de pignor. ZOESIUS ad Pandect. Lib. XX. Tit. 1. num. 23.

55) L. 4. D. *Quae res pign.* Quum in potestate debitoris fuerit, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est. Est ideo videndum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit. Allerdings war er befugt (in potestate eius erat), sich durch Kündigung und Abtrag des Kapitals von dem Fortgang der Zinsen zu befreien; es hing von seinem Willen ab, seit 1772 keine Zinsen mehr schuldig zu werden. L. 9. §. 1. *Qui pot. in pign.* Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat, aduersus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, *si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.* Das letztere scheint aber hier einzutreten. Es fehlt auch nicht an Rechtsgelehrten, welche den gegenwärtigen Fall wider den Gläubiger entscheiden. So behauptet unter andern GMELIN in Comment. de iure pignoris, quod debitor in re sibi non propria constituit, Ulmae 1778. §. 40. pag. 134. ausdrücklich: de illis tantum usuris pignus obligatur, et possessor recte conuenitur, qnae ante alienationem, non de iis, quae post eandem penes debitorem natae sunt; quum respectu usurarum postea natarum nec debitor rem obligare, nec emtori negligentia imputari possit. HARPRECHT Consil. Tübing. 64. pag. 298.

§. 27.

§. 27.

Allein, bei genauerer Prüfung fallen diese Bedenklichkeiten sämtlich hinweg. Denn da 1) der Schuldner sich ein Mal anheischig gemacht hatte, das Kapital bis zur gänzlichen Bezahlung zu verzinsen, so ist es natürlich, daß das Pfand hiefür schlechterdings haften müsse. Es ward also in dieser Hinsicht alljährlich keine neue Verbindlichkeit contrahirt, welches behaupten zu wollen, ohnehin den Rechten entgegen ist [56]), sondern die zur Zeit der Verpfändung in der That schon existent gewesene Obligation dauret nur fort, und mit derselben unstreitig das Pfandrecht —. 2) Die in der Note 55. angeführten Gesetze reden einestheils nur von dem Fall, wenn die Hauptschuld selbst erst nach der Verpfändung wirklich wird, nicht aber von solchen Verbindlichkeiten des Schuldners, welche unzertrennliche Folgen davon sind, weil er den Abtrag des Kapitals unterlassen hat —. Die Verschiedenheit ist zu groß, als daß man von Einem auf das Andere fortschließen könnte. Die ebengedachten Gesetze handeln auch anderntheils nur davon, wenn es vom Willen des Verpfänders abhing, ob die Schuld entstehen sollte, nicht aber davon, wenn es seiner Willkühr überlassen war, sich eher von seiner Schuld loßzumachen. Da

dieses nicht geschehen ist, so bleibt die Sache in dem Zustande, worin sie gleich anfänglich, als die Verpfändung erfolgte, sich bereits befand. Denn der Schuldner war nicht befugt, durch seine unternommene Veräußerung die Rechte des Gläubigers zu schmälern [57]). Endlich giebt auch 3) L. 18. D. Qui pot. in pignore [58]) ein wichtiges Argument für diese Entscheidung.

[56]) L. 26. C. *de usuris.*

[57]) L. 9. pr. D. *Qui pot. in pign.*

[58]) deren Worte oben §. 1. angeführt sind. MYNSINGER Cent. I. Obs. 59.

§. 28.

Ein Umstand ist noch übrig, welchen wir nicht ganz übergehen dürfen. Wenn nämlich III) die Verpfändung an sich zwar der Zinsen und Kosten halber mit geschehen, hingegen der in der Schuldverschreibung bestimmte Zahlungstermin in der Folge, als die verpfändete Sache nicht mehr des Schuldners Eigenthum war, von den Parteien verlängert worden ist, so entsteht die Frage: Ob der Gläubiger auch die Zinsen, welche nach diesem Zeitpunkt erwachsen sind, aus der Hypothek ersetzt verlangen könne? Dieser Rechtsfall ist von dem vorigen, und von dem in der angeführten L. 18. D.

Qui

Qui pot. in pign. vorkommenden ganz verschieden, folglich die dort enthaltene Entscheidung hier nicht anzuwenden. Denn in erwähntem Gesetze wird nur gefragt: ob der erste Gläubiger in Ansehung der Zinsen bloß darum zurück stehen müsse, weil solche zu einer Zeit fällig wurden, da die Sache bereits einem andern verpfändet war? *) Und hierauf wird billig, aus Gründen, welche im vorigen §. zur Genüge dargelegt worden sind, mit Nein geantwortet. Wer siehet aber nicht, daß gegenwärtig ein ganz anderer Umstand hinzukommt, von dem in jenem Gesetze gar die Rede nicht ist, — ein anderweitiger Vertrag zwischen dem Gläubiger und Schuldner, daß das Capital noch länger verzinset werden solle, als bei der geschehenen Verpfändung anfänglich überhaupt verabredet war —. Dieser Vertrag wird geschlossen, da die Sache dem Schuldner nicht mehr eigenthümlich zustand. Daß also für diese weitere Verzinsung die Hypothek gleichfalls haften müsse, läßt sich wenigstens aus dem angeführten Gesetze nicht herleiten, ohne den bekanntesten Regeln der Auslegungskunst zu nahe zu treten [59]). Denn obgleich die Worte ganz allgemein gefaßt sind: Lucium Titium in *omne*, quod ei debetur, potiorem esse, so verstehen sie sich doch natürlich nur von dem Falle, welchen das Gesetz eigentlich zum Vorwurf

hat [60]), und welcher mit dem übereinstimmet, dessen wir im vorigen §. erwähnt haben. Hingegen der besondere Umstand, worauf es hier ankommt, ist darin nicht entschieden, und ich halte auch nicht dafür, daß die Hypothek für die erwähnten Zinsen weiter haften dürfe. Ich will die Gründe, welche mich bewogen haben, so zu denken, dem Leser zur weitern Beprüfung vorlegen. So ungezweifelt richtig der Grundsatz ist, daß eine verpfändete Sache, wenn sie vom Schuldner veräußert wird, mit dem darauf haftenden Pfandrechte auf den Käufer oder sonstigen Erwerber übergeht, so gewiß ist es auch, daß der Pfandgläubiger wider den neuen Eigenthümer weiter kein Recht geltend machen könne, als durch die geschehene Verpfändung wirklich auf die Sache gelegt worden ist. Ward nachhin die Verbindlichkeit des Schuldners, nicht durch gesetzliche Folge, z. B. per moram, sondern durch Vertrag und Vereinbarung der Parteien erweitert, als die Hypothek nicht mehr Eigenthum des Schuldners war, so sehe ich nicht ab, mit welchem Bestande Rechtens das Pfandrecht ohne Zustimmung des gegenwärtigen Eigenthümers der Sache darauf ausgedehnt werden könne [61]). Gesetzt also, in der Schuld, und Pfandverschreibung ist die Obliegenheit des Schuldners durch den vestgesetzten Zahlungstag

genau

genau bestimmt, und darauf wird die Hypothek an Titius veräußert, so fragt sich: mit welchem onere empfängt er die Sache? Sie haftet, antworte ich, nach obigen Gründen, a) für die Bezahlung des Kapitals, b) für die versprochenen Zinsen, welche der Schuldner bis zum Zahlungstag schuldig geworden ist, c) für die Zinsen des Verzugs, wenn er in diesem Termin den Abtrag des Hauptstuhls nicht geleistet, sondern **widerrechtlich** verzögert hat [62]). Mit welchem Grunde aber will man ihr auch die Zinsenforderung aufbürden, welche nach Ablauf der ersten Zahlungsfrist nicht durch die mora des Schuldners entstanden ist, sondern lediglich ihren Grund daraus herleitet, weil Creditor und Debitor den Abtrag der Schuld weiter hinaus gerückt haben? Das Kapital bleibt freilich als Pfandschuld in der Sache fortdaurend, allein welch ein Recht hatten die Parteien für die fernere Verzinsung desselben die Sache eines Fremden zu verpflichten? Wer mich widerlegen will, der beantworte mir zuvörderst diese Frage. Unstreitig bestimmt die zuerst geschehene Verpfändung die Gränzen, wie weit der Gläubiger gegen einen Dritten klagen könne. Nachdem die Sache aufgehört hatte, des Schuldners eigene zu sein; **konnte** er dem Gläubiger kein mehreres Recht daran ertheilen [63]). Ein jeder Anspruch also,

welchen dieser an die Sache macht, und welchen jene Verpfändung nicht gründet, ist allemal verwerflich [64]). Die ursprüngliche Verpfändung giebt aber dem Pfandgläubiger dergleichen Recht in Ansehung der gedachten Zinsen oder wegen der anderweitigen Zahlungsfrist etwa verabredeten Conventionalstrafe nicht, weil sie sich auf den zuerst bestimmten Zahlungstag beziehet, die Erweiterung desselben aber ad non cogitata gehört; hingegen die dem Schuldner nachhin ertheilte Befristung konnte in Ansehung der daher entspringenden Folgen, kein dingliches Recht mehr verschaffen, weil die Sache der rechtlichen Verfügung des Schuldners nicht mehr unterworfen war [65]). Mora ist es doch sicher auch nicht, wenn der Gläubiger selbst die Verlängerung der Zahlungsfrist bewilligt [66]); wol aber ist seine Vereinbarung darüber mit dem Schuldner hier nichts anders, als negotium inter alios actum, und kann daher einem Dritten nicht nachtheilig werden [67]). Steht dieses vest: so folgt natürlich, wenn dergleichen zu einer Zeit, da die verpfändete Sache nicht mehr des Schuldners Eigenthum war, bewilligt und verabredet wird, daß alsdann auch das Pfand für die Folgen der verlängerten Zahlungsfrist nicht weiter haften dürfe [68]).

*) VOET. Comment. ad Pand. L. 20. T. 4. n. 27.

59) DAN. NETTELBLADT in Diss. *de Decisione casuum secundum analogiam*, Cap. 3. §. 30. 31. wie auch in Diss. *de variis casus obuios in foro decidendi modis*, Hal. 1750. §. 8.

60) L. 54. §. 1. D. *Loc. cond.* L. 100. §. 1. D. *de Legat.* 3. L. 24. D. de LL.

61) L. 3. §. 1. D. *de pignoribus.* Non plus habere creditor potest, quam habet, qui pignus dedit. Ergo, quid in ea re, quae pignori data est, debitor habuerit, considerandum est.

62) Für die Bezahlung des Hauptstuhls haftet die Sache, vermöge des dem Gläubiger ertheilten Pfandrechts, ein für alle Male. Dieses Recht geht sichtlich darum nicht verlohren, weil der Zahlungstermin weiter hinaus gerückt wird. Denn dadurch wird die Schuld nicht aufgehoben, noch dem Pfandrechte entsagt. Gesetzt also auch, die Verlängerung des Zahlungstermins sei zu einer Zeit geschehen, da bereits ein Dritter ein dingliches Recht an der Sache erlangt hatte, so bleibt doch immer, so viel die Hauptschuld, und die bis zum ersten Zahlungstag erwachsenen Zinsen anbetrifft, der Anspruch des ersten Gläubigers unverkürzt. VINNIVS select. Quaest. Lib. 2. Cap. 42.

63) L. 2. C. *Si al. res pign.* Si probaueris praesidi, praedia, vel hortos, *de quibus agebatur*, tuos esse, intelligis obligari eos creditori ab alio non posse.

 64) L. 6.

64) L. 6. C. Eod. Quum Seruiana etiam actio declaret euidenter, iure pignoris teneri non posse, *nisi quae obligantis in bonis fuerint.*

65) L. 8. C. Eod. Nexum non facit praediorum, nisi persona, quae iure potuit obligare.

66) C. F. G. MEISTER in Dissert. *Morae actionem iuridicam* sist. Goett. 1745. in Opusc. Tom. I. N. V. §. 21. Dilatio in mora est frustratoria; Ergo requiritur., ut sit cum dolo vel culpa, et alterius damno conjuncta. Quae quum ad moram conjunctim requirantur, tuta est conclusio, dilatione uno alteroue ex his requisitis destituta, moram non dari.

67) Inter alios res gestas aliis non posse praejudicium facere, saepe constitutum est. L. 1. C. *Int. al. act.*

68) Mit Recht findet daher *J. L.* SCHMIDT in seiner Abhandlung: *de Fideiussore plane non obligato,* Jenae 1763. §. 219. die Provinzialgesetze mit der Analogie des gemeinen Rechts vollkommen übereinstimmend, welche in dem Falle, wovon hier die Rede ist, auch den Bürgen zwar zur Bezahlung des Kapitals, nicht aber der nach geschehener Verlängerung der Zahlungsfrist aufgelaufenen Zinsen, schuldig erklären. Magdeburgsche Polizeiordnung, Cap. 53. §. 10. „Wenn gleich „der Gläubiger dem Hauptschuldner das Kapital „ohne Vorwissen des Bürgen vor oder nach Ablauf „der bestimmten Zeit gestundet, soll doch die „Bürgschaft dadurch nicht erloschen sein, sondern „der Bürge zu Abtragung des Kapitals dennoch

„ver-

„verbunden bleiben; zu Abtragung der Zinsen „aber von Zeit der verlängerten Frist nicht „angehalten werden.“ Eben dieses ist auch in des Herzogthums Würtemberg erneuertem gemeinen Landrechte P. 2. Tit. 5. mit folgenden Worten verordnet: „Wann der Hauptschuldner „auch auf eine gewisse bestimmte Zeit eine Summe „Geldes zu bezahlen versprochen, und dem Gläubiger „zu mehrerer Versicherung einen Bürgen gegeben: „der Hauptschuldner aber hernach, ohne Vorwissen „des Bürgen bei dem Gläubiger weitere Dilation „und Fristung ausgebracht; Ist der Bürge dem „Gläubiger weiter nicht, denn das Kapital „oder die Hauptsumme zu bezahlen verhaft.“

§. 29.

Sechster Fall: Wenn über des Schuldners Vermögen ein Concurß ausgebrochen ist.

Dieser Fall bedarf hier keiner umständlichen Erörterung. Denn die Frage: ob nach entstandenem Concurß über des Schuldners Vermögen das Pfandrecht des Gläubigers an sich auf die Zinsen, Kosten, und Conventionalstrafe sich mit erstrecke? muß nach den bisher entwickelten Grundsätzen beurtheilt werden. Ob aber, wenn ausgemacht ist, daß es bis dahin gehe, auch eben die Vorzüglichkeit bei diesen Accessorien eintrete, deren das Kapital genießt, wird nach gemeinen Rechten billig bejahet [69]), und wenn

ver-

verschiedene Provinzialgesetze, und statutarische Verordnungen hierüber anders verfügen, so sind doch dieselben, nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer, allemal aufs genaueste zu erklären, mithin weder von einem Ort auf den andern, noch von einem Fall auf den andern; z. B. nicht von den Zinsen auf die schuldigen Kosten, zu erstrecken [70]).

[69]) L. 18. und 20. D. Qui pot. in pign. **Claproth** Einleitung in sämtl. summarische Processe §. 421. Auch die Proceßkosten, worin der Schuldner, da ihn der Gläubiger belangte, verurtheilt ward, und welche daher rationem morae haben, sind im Concurse, gleich den Zinsen, an eben der Stelle dem Gläubiger anzuweisen, wo er sein Kapital erhält.

[70]) **Gmelin Ordnung der Gläubiger** p. 414. und 416.

III.

III.

Ueber die rechtlichen Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen.

Inhalt.

§. 1. Ueber den Haß der Zinsen.

§. 2. Verschiedene Meinungen über die rechtlichen Gründe der Zinsenforderung in vorkommenden Fällen.

§. 3. Versuch einer nähern Bestimmung dieses Rechtsgrundes, A) nach dem Naturrecht, B) nach positiven Gesetzen. 1) Von der unmittelbaren Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen.

§. 4. Von der mittelbaren Verbindlichkeit a) aus Verträgen,

§. 5. b) aus einseitigen erlaubten Handlungen,

§. 6. c) aus einseitigen unerlaubten Handlungen.

§. 7. Versuch einer nähern Bestimmung der Verbindlichkeit des Käufers, das Kaufgeld zu verzinsen.

§. 1.

§. 1.

Ueber den Haß der Zinsen.

Daß die Zinsen an sich nicht unerlaubt sind, darüber ist man jetzt wol einverstanden. Mehr ward neuerer Zeit über die Rechtmäßigkeit ihrer Einschränkung durch bürgerliche Gesetze gestritten [1]). Es ist meine Absicht nicht, an diesem Streite hier Theil zu nehmen, da es mir vor der Hand wenigstens nützlicher scheint, die Vorschriften bestehender Gesetze nach richtigen Gründen darzustellen, und dadurch die Anwendung derselben in vorkommenden Fällen zu sichern.

Wenn auch die Gesetze älterer und neuerer Zeiten in Ansehung der Zinsen sehr häufig von einander abweichen, so dürften sie doch fast alle darin übereinkommen, daß sie einen gewissen Haß gegen diese Art des Gewinnes äußern, obgleich die wenigsten diesen Haß bis zum gänzlichen Verbot aller Zinsen treiben, wie wir solches im Mosaischen und Canonischen Rechte antreffen.

Auch das Römische Civilrecht enthält manche Verfügungen gegen die Zinsen, die uns wol berechtigen, diese den odiosis in iure beizuzählen, worunter im eigentlichen Rechtsverstande alles dasjenige begriffen wird, was die Gesetze zwar nicht ganz verwerfen, was sie aber doch, es sei nun wegen leicht besorglicher Nachtheile und Mißbräuche, die damit vorgehen können — oder wegen der zweideutigen Sittlichkeit der Sache — oder wegen einer häufig damit verbundenen Unbilligkeit — nicht begünstigen, sondern bald einzuschränken, bald zu erschweren suchen, und wobei der Richter in zweifelhaften Fällen angewiesen ist, mehr dagegen als dafür zu erkennen [2]).

Der Grund dieses Hasses der Zinsen hat von Zeit zu Zeit die Untersuchungen der Gelehrten beschäftigt. Die bloße Gewinnsucht auf der einen, und der Verlust auf der andern Seite ist noch nicht hinreichend ihn zu erklären. Die Gesetze haben nichts dawider, mein Haus oder mein Pferd so hoch zu vermiethen, als man nur dafür zahlen will. Warum ist es verwerflicher, für den Gebrauch eines Kapitals Zinsen, selbst hohe Zinsen zu nehmen, wenn ein anderer es geben will. **Hommel** sagt irgendwo: „die Gelehrten verwerfen den Wucher, weil sie kein „Geld haben." Freilich war er nicht in dem Falle, ihn aus dieser Ursache sträflich zu finden. Die

Ausleger,

Ausleger, die der Stoischen Philosophie einen übergroßen Einfluß auf die Römische Jurisprudenz und Gesetzgebung zugestehen, glauben auch darin den Grund des Hasses der Zinsen anzutreffen, und berufen sich auf Seneca, dem usurae nichts anders waren, als humanae cupiditatis extra naturam quaesita nomina [3]). Aber mit diesem Einfluß der Stoischen Schule auf die Meinungen der Rechtsgelehrten und die Vorschriften der Gesetze, ist es an sich schon etwas mißlich, und die Erklärung der Gesetze, welche darauf gegründet wird, oft sehr gewagt; hier wenigstens giebt sie uns keinen hinreichenden Aufschluß, da der Haß der Zinsen sich früher und allgemein verbreiteter unter die ältesten Gesetzgebungen findet, als daß er den Einwirkungen jener Secte zugeschrieben werden könnte. Der wahrscheinlichste Grund dieses Hasses scheint mir doch immer darin zu bestehen, daß die Zinsen unter allen Arten des Gewinnes, den wir mit dem Unsrigen machen können, vorzüglich diejenige sind, wo der Wolhabende aus der Verlegenheit des Nothleidenden Vortheile ziehet. Es kann dieses bei andern Erwerbarten den Umständen nach auch wol zutreffen, aber hier liegt es doch eigentlich mehr in der Sache selbst. Jede Theurung drückt freilich den Armen mehr, als den Bemittelten, aber der Preis der

Sachen wird doch nicht gerade ihm erhöhet, er muß nicht eigentlich darum mehr geben als andere, weil er arm ist. Hingegen bei dem Zinßwucher verhält sich dieß anders. Diesem ist eigentlich der Unbemittelte am meisten ausgesetzt. Eben weil er des Geldes nicht genug, und der Sicherheit nicht hinlänglich hat, muß er sich den Bedingungen unterwerfen, die ein hartherziger Gläubiger ihm vorschreibt. Das moralische Gefühl kann die Handlungsweise des Letztern nicht billigen, und so konnte wol hieraus gegen die Zinsen, ob sie gleich an sich und geradezu nichts ungerechtes sind, dennoch sehr leicht überhaupt eine gewisse Abneigung entstehen, die selbst in der Gesetzgebung nicht ganz ohne Folgen blieb. Auch die Spuren dieser Abneigung, welche wir im Römischen Rechte antreffen, lassen sich am sichersten hieraus erklären, und die Geschichte giebt uns, wie Bach [4]) sehr richtig bemerkt, dazu eine nähere Anleitung. Die Patricier drückten schon in den ersten Zeiten der Republik, da man noch von keiner Stoischen Philosophie etwas wußte, das gemeine Volk sehr hart mit Zinsen. Wenn ein armer Schuldner nicht mit Gelde bezahlen konnte, mußte er mit seinem Leibe dem harten und geizigen Gläubiger Genugthuung verschaffen. Er ward dessen Sclave. Dergleichen Schuldner hießen nexi, addicti, adiudicati, und

wurden

wurden vielmal auf die grausamste Art gehalten. Das Volk ward darüber mehr als einmal unwillig, und gieng gar aus der Stadt. Dieß veranlaßte nach und nach viele Gesetze, wodurch die Zinsen bald abgeschafft, bald aber auf leidliche Verhältnisse herunter gesetzt wurden. Bei einer solchen Ansicht der Sache darf es wol nicht befremden, daß die Zinsenforderung der Regel nach nicht schon als Folge einer Geldschuld sich von selbst verstehet, sondern allemal ihre besondern Rechtsgründe voraussetzt, — daß die Gesetze sich häufig gegen ihre Zulässigkeit selbst da erklären, wo sogar die natürliche Billigkeit nichts dawider haben würde [5]), — daß, wenn auch die Zinsen an sich gegründet sind, dennoch die Rechtsverfolgung in Ansehung derselben sehr eingeschränkt wird [6]), — daß vorzüglich durch verbietende Gesetze dem Wucher sowol in Ansehung der Größe der Zinsen im Verhältniß derselben zur Hauptschuld, als auch ihres Anwuchses im Laufe der Zeit, und in Ansehung des zu verzinsenden Gegenstandes gewisse Gränzen angewiesen sind. Dieß Alles hier weiter zu verfolgen gehört nicht in den Plan dieser Schrift, die sich nur mit dem ersten Gesichtspuncte, nämlich einer genauern Untersuchung der gesetzlich anerkannten Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen, zu beschäftigen hat.

[1]) von

[1]) von Sonnenfels über die Aufgabe, was ist Wucher, und welches sind die beßten Mittel, demselben ohne Strafgesetze Einhalt zu thun. Wien 1787. Joh. Arnold Günther Versuch einer vollständigen Untersuchung über Wucher und Wuchergesetze, und über die Mittel, dem Wucher ohne Strafgesetze Einhalt zu thun, in politischer, justizmäßiger und mercantilischer Rücksicht. Hamb. 1790. Wieland Geist der peinlichen Gesetze II. 487. Dohm über die bürgerliche Verbesserung der Juden, p. 12.

[2]) So z. B. werden Enterbungen naher Verwandten, und Klagen, die auf Rache abzielen, ad odiosa gerechnet. L. 19. D. de liber. et posthum. hered. instituend. L. 37. pr. D. de minorib.

[3]) L. A. SENECA de benefic. VII. 10. ECKHARD hermeneut. iur. I. 155. p. 255. edit. *Walch.* *Emund.* MERILL. Observat. I. 13.

[4]) J. A. Bach unpartheiische Critik über juristische Schriften II. 18.

[5]) Z. B. daß auch der unredliche Besitzer einer Erbschaft von Geldern, die er ungenutzt bei sich behalten hat, keine Zinsen bezahlen darf; L. 20. §. 14. D. de heredit. petit. Der Grund, welchen Westphal im systematischen Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente ꝛc. §. 493. anführt, um dieß zu rechtfertigen, ist, was den unredlichen Besitzer anbetrifft, der wissentlich fremdes Gut dem wahren Eigenthümer vorenthält, nicht befriedigend —. Hieher gehört

auch

auch die besondere Vorschrift L. 4. C. de condict. ob turp. caus. Quoties accipientis non etiam dantis turpis invenitur causa, licet haec secuta fuerit, datum condici tantum, non etiam usurae peti possunt, welche LEYSER spec. 147. med. 4. aus der Beschaffenheit der Klage, weil condictio ob turpem causam stricti iuris gewesen sei, zu erklären sucht. Dagegen läßt sich aber noch Manches erinnern. Richtiger scheint es, daß die Gesetzgeber Bedenken fanden, die Zinsenforderung zu begünstigen, da der Kläger doch seiner Seits das Geld freiwillig bezahlt hatte, — wiewol, genau erwogen, dieß billig dem Beklagten nicht zu Gute kommen müßte.

[6]) L. 4. C. depositi. L. 13. C. de usuris. Struben R. B. I. 63.

§. 2.

Verschiedene Meinungen über die rechtlichen Gründe der Zinsenforderung in vorkommenden Fällen.

Die Römischen Rechtsgelehrten begnügten sich mit der allgemeinen Angabe: Usurae vel in obligatione sunt, vel in officio iudicis [1]). Diese Vorstellungsart bezieht sich ganz auf das eigenthümliche Verhältniß der Sache nach den Grundsätzen des Römischen Civilrechts, und auf den strengen Begriff des Ausdrucks obligatio [2]). Die Zinsen,

sagte man, sind in obligatione, wenn sie gleich Anfangs mit der Hauptverbindlichkeit verbunden sind, und das Rechtsgeschäfte an sich eine doppelte Verbindlichkeit, eine in Ansehung des Capitals, und nebenher eine andere der Zinsen wegen hervorbringt. Man dachte sie sich hingegen nicht in obligatione, sondern in officio iudicis gegründet, wenn die Verbindlichkeit an sich und ursprünglich nur auf das Capital, nicht auf Zinsen geht, der Richter aber berechtigt ist, neben der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, auch die Zahlung der Zinsen zu verfügen [3]). Auf erstere z. B. stipulirte Zinsen, war der Richter in Sachen stricti iuris eingeschränkt. Letztere z. B. Verzugszinsen, konnten erkannt werden, wenn das iudicium bonae fidei war. Daß diese Vorstellungsart keine befriedigende Theorie des eigentlichen Grundes der Zinsen gewähre, daß sie wenigstens einem Systeme des geltenden Rechts nicht angemessen sei, bedarf kaum einer Erinnerung. Die Zinsen, welche officio iudicis vorkommen, sind doch kein Gegenstand einer ungebundenen Willkühr der Richter, sondern setzen allerdings Gründe des Rechts oder einer rechtlich anerkannten Billigkeit voraus, und diese Gründe wollen wir eben wissen. In der That muß man doch Zinsen schuldig sein, wenn sie der Richter erkennen soll. Diese Trennung

von

von der obligatio führt daher immer etwas unbequemes mit sich, und für das geltende Rechtssystem ist sie desto unbrauchbarer, da wir in unsern Rechtsstreitigkeiten den Unterschied stricti iuris und bonae fidei nicht anwenden. Man hat daher auch in den Lehrbüchern und Systemen jene Römische Vorstellung der Sache nicht beibehalten, sondern die eigentlichen Gründe der Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, selbst anzugeben gesucht, — wie richtig aber, und wie erschöpfend, wird die Folge näher zeigen.

Lange hat in den Lehrbüchern und Systemen des Civilrechts der Satz gegolten, daß Zinsen durchaus nur aus einem zwiefachen Rechtsgrunde, entweder vermöge des Vertrages, oder wegen ungebührlich verzögerter Zahlung gefordert werden könnten —. Usurae non debentur, nisi aut ex pacto, aut ex mora —. Daß dieser Satz in seiner angenommenen Allgemeinheit falsch sei, ist leicht erwiesen. Wer zweifelt wol an der Gültigkeit vermachter Zinsen? **Ulpian** sagt: Si cui certa quantitas legetur, et quoad praestetur, in singulos annos certum aliquid velut usuras iusserit testator praestari, legatum valet; sed in usuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem usurarum non excedit [4]). Wo ist hier ein Vertrag oder Verzug? und gleichwol ist doch die Zinsenforderung gegründet. Dieß brachte

einige auf den Gedanken, den beiden vorhergenannten Gründen, noch einen dritten, — nämlich den letzten Willen — hinzuzufügen [5]). Allein auch damit ist die Sache noch nicht erschöpft. Wer fremde Gelder unbefugt zu seinem Nutzen verwendet, muß Zinsen bezahlen, ohne daß einer von diesen Gründen auf ihn anwendlich sei. Dieß zeigen die Worte **Papinians**: Socius si ideo condemnandus, quod pecuniam communem inuaserit, vel in suos usus conuerterit, *omni modo*, etiam *mora non interueniente* praestabuntur usurae [6]). Hier ist also weder Vertrag, noch Testament, noch ungebührlicher Verzug vorhanden, und die Zinsenforderung doch gegründet. Andere Rechtsgelehrte suchten daher der Unzulänglichkeit jener Regel dadurch abzuhelfen, daß sie überhaupt die **Vorschrift des Gesetzes** als den dritten Rechtsgrund angaben [7]), noch andere hingegen bestimmten einen vierfachen Grund der Zinsen, Vertrag, Testament, gesetzliche Vorschrift und ungebührlich verzögerte Zahlung [8]). Mehrere blieben indeß standhaft bei jener alten Regel, so augenscheinlich auch das Unvollständige derselben einleuchtet. **Hellfeld** wieß jede Neuerung mit den Worten zurück: Usurae non debentur, nisi specialis adsit causa obligationem soluendi usuras producens. Talis causa est conuentio, qua quis

ad

ad usuras soluendas se obligauit. Hac deficiente, usurae non debentur nisi debitor sit in mora soluendi. Jnde duplex est fundamentum obligationis usurarum, pactum nempe, et mora. Quae ex pacto debentur, *conventionales*, quae ob moram soluendae sunt, *punitoriae* dicuntur usurae. Alii tertiam addunt speciem, usuras nempe *legales*. Ast non opus est tertia hacce specie, quia obligatio ex lege moram praeponit [9]), und viele sind noch jetzt dieser Meinung zugethan, — weil sie doch immer gegolten hat. Ich weiß aber nicht, wie man die vorhin angeführten Gesetze, besonders das letztere, wo es ausdrücklich heißt: etiam mora non interveniente, damit zu vereinigen glaubt —. Inzwischen ist aber doch auch die gesetzliche Vorschrift, als Rechtsgrund der Zinsen betrachtet, allerdings noch einer nähern Bestimmung fähig, theils nach gewissen allgemeinen Verhältnissen überhaupt, theils in besonderer Beziehung auf die Frage: ob dabei von mittelbaren oder unmittelbaren Verbindlichkeiten, imgleichen von gemeinen Rechten, oder besondern Begünstigungen — ius singulare — die Rede sei. In gewissem Betrachte lassen sich freilich alle Verbindlichkeiten, und so auch diese, auf Gesetze zurückführen, aber den Zweck einer gehörig bestimmten Theorie erfüllt man auf diesem Wege wol nicht. Der Versuch einer nähern Bestimmung der Sache dürfte daher nicht überflüssig sein. [1]) L.

1) L. 54. pr. D. *Locati conducti* ſagt **Paullus**: usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis adplicentur etc.; ſo auch **Papinian** L. 58. pr. D. *ad Senat. Consult. Trebell.*: Jn eum diem quo actio confusa eſt, usurae praeteriti temporis, quae in *obligatione*, vel in *officio iudicis* fuerunt, computabuntur, posteriores ita demum, si mora fideicommisso facta eſt.

2) Syſtematiſche Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung §. 1.

3) *Gerhard* NOODT *de foenore et usuris*, III. 6. Jd vero significat, in his — quae officio iudicis adplicantur — non esse duas obligationes, unam sortis, alteram usurarum, sicut fit, si ex stipulatu debeantur, sed esse *unam* sortis obligationem, circa cuius executionem mora iudicis arbitrio usurarum praeſtatione repensatur. L. 4. C. *Depositi vel contra.* L. 8. D. *de eo quod certo loco.*

4) L. 3. §. 6. D. *de annuis legatis.*

5) *Gerhard* NOODT l. c. III. 1. sequ.

6) L. 1. § 1. D. de *usuris.*

7) LEYSER Meditat. ad Pand. 244. 1.

8) *Henr. Joa. Otto* KOENIG Dissert. Utrum usurae veniant in condictionem indebiti. Halae 1774.

9) *Joa. Aug.* HELLFELD iurisprud. forens. §. 1130.

§. 3.

§. 3.

Versuch einer nähern Bestimmung dieses Rechtsgrundes A) nach dem Naturrecht; B) nach positiven Gesetzen.

1) Von der unmittelbaren Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen.

Nach dem Naturrecht giebt nur der Vertrag ein vollkommenes Recht, Zinsen zu fordern. Der ungebührliche Verzug, und andere Gründe, die nach positivem Rechte diese Forderung rechtfertigen, können nach den Grundsätzen des Vernunftrechts zwar einen unbestimmten Anspruch auf Entschädigung — id quod interest — nicht aber auf Zinsen im eigentlichen Verstande gewähren [1]).

Nach positiven Rechten gründet sich die Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen, zunächst, entweder in der Vorschrift der Gesetze, oder in einer verbindlichen Handlung; sie kann also, wie die Verbindlichkeit überhaupt, in die **unmittelbare** und **mittelbare** abgetheilt werden. Jene ist von gedoppelter Art, theils in einer gemeinen Rechtsregel, theils in besonderer Begünstigung des Gläubigers gegründet. Nach gemeinen Rechten ist ein Jeder, zu dessen Besten ein Anderer sein Geld verwandte, unmittelbar verbunden, dieß mit den Zinsen zu vergüten, ohne daß es in diesem Betrachte seiner Seits irgend

einer

einer verbindlichen Handlung bedarf. Er mag Zinsen versprochen haben oder nicht, sich in mora soluendi befinden oder nicht. Das Gesetz verbindet ihn hier geradezu, weil fremdes Geld zu seinem Nutzen verwandt ist [2]). Diese Regel ist durchaus als allgemein gültig in unserm Civilrechte anerkannt, und vermöge derselben nicht nur der Bevollmächtigte [3]), sondern auch jeder nützliche Geschäftsführer [4]), mithin auch der Pachter, in sofern ihm Ausgaben zu vergüten sind, die eigentlich der Verpachter hätte bestreiten müssen [5]), und nahmentlich der Vormund, welcher sein Geld in des Pupillen oder Minderjährigen Angelegenheiten aufgewandt [6]), so auch der Gesellschafter, der aus seinem Vermögen gemeinschaftliche Ausgaben bestritten hat [7]), allerdings berechtigt, solches mit den Zinsen wieder zu fordern —. Den Einwurf darf ich hier wol nicht erwarten, daß in den erwähnten Fällen, der Verbindlichkeit doch immer ein gewisses factum vorangehe, folglich dieselbe nicht zu den unmittelbaren gerechnet werden könne. Genug, daß wir hier keine verbindliche Handlung des Verpflichteten als den nächsten Grund der Verbindlichkeit antreffen. Dieß ist der unterscheidende Character unmittelbarer Verbindlichkeit [8]) —. Die Verbindlichkeit des Käufers, das Kaufgeld zu verzinsen, ist in sofern allerdings auch zu den unmittelbaren

Ver-

Verbindlichkeiten zu rechnen, als die Gesetze ihn in vorkommenden Fällen, ohne Rücksicht auf Vertrag und Verzug, dazu verpflichten [9]), wovon jedoch in der Folge (§. 7.) noch ausführlicher zu handeln sein wird—.

Eine besondere **Begünstigung des Gläubigers** ist es aber, welche in diesem Betrachte den Minderjährigen zukommt, daß jede aufgeschobene, obgleich nicht verzögerte Zahlung der ihnen gebührenden Gelder, mit den Zinsen geschehen muß [10]). Da, wo sonst mora erfordert wird, um Zinsen verlangen zu können, soll den Gesetzen nach das minderjährige Alter des Gläubigers die Stelle dieses Rechtsgrundes vertreten, ob er gleich an sich eigentlich nicht vorhanden ist. Die sogenannte mora ex re, welche bei dieser Gelegenheit angenommen wird [11]), ist keine eigentliche wahre mora, die allemal eine ungebührliche Verzögerung voraussetzt, worauf es hier nicht ankommt. Der Minderjährige z. B. fordert die Zinsen der ihm vermachten Geldsumme gleich von der Zeit des Todes des Testirers, auch vor Antretung der Erbschaft, angerechnet, daher auch die Zinsen, welche ihm aus dieser Begünstigung als Minderjährigem bisher zukamen, nach erlangter Großjährigkeit wieder aufhören, wofern nach der Zeit nicht eine eigentliche mora hinzugekommen ist. Daher ist es wol richtiger, jenes zu den unmittelbaren

Ver-

Verbindlichkeiten zu rechnen. Die Gesetze geben dieß alles selbst auch deutlich genug zu erkennen [1 2]).

[1]) M. G. WERNHER lectiss. comment. ad Pandect. Tit. de usuris, §. 3.

[2]) MEVIUS Decis. VI. 33. WERNHER select. observat. I. 163. Supplem. nov. von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit pag. 303.

[3]) L. 12. §. 9. D. *Mandati*: Simile modo et si quid aliud mandaueris et in id sumtum fecero, nec tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequor.

[4]) L. 19. §. 4. D. de negot. gestis: Usuras quas praestauimus, vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus, quam in aliena negotia impendimus, seruabimus negotiorum gestorum iudicio. vergl. L. 2. D. L. 18. C. ibid. Ob negotium alienum gestum sumtuum factorum usuras praestari bona fides suasit. Quo iure contra eos etiam, quorum te necessitate compulsum negotium gessisse proponis, per iudicem negotiorum gestorum uteris. Der vermeinte Gerichtsgebrauch, daß dem Bevollmächtigten oder Geschäftsführer diese Zinsen nur von Zeit der Einlassung auf die Klage gebührten, es sei denn, daß er zu den Auslagen selbst Gelder auf Zinsen angeliehen, oder seine eigenen zinsbaren Capitalien eingezogen hätte, VOET ad Dig. Tit. de negot. gest. §. 8. ist weder in den Gesetzen noch in der Billigkeit gegründet. von Tevenar l. c.

[5]) C. G.

5) C. G. von Winckler rechtliche Abhandlung von Kriegsschäden der Pachter und Miethsleute, 2te Ausg. I. 4. 170.

6) L. 3. §. 1. 4. D. *de contraria tutelae et utili actione.* Diesem ist auch nicht entgegen §. 2. ibid., VOET ad Dig. III. 5. 8.

7) L. 67. §. 2. D. *pro socio.*

8) Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 5.

9) L. 13. §. 20. 21. D. L. 5. C. *de actionib. emti et venditi.*

10) L. 87. §. 1. D. *de legatis* 2. *L.* 3. C. *in quibus caus. in integr. rest. necess. non est.* L. 5. C. *de act. emti.* VOET ad Dig, XXII. 1. 27. PERETZ in Cod. II. 41. 7. HUBER ad Dig. XXII. 1. 15.

11) cit. l. 3. C. *in quib. caus. rest. in integr.* In minorum persona *re ipsa* et ex solo tempore tardae solutionis *recepto iure moram fieri creditum est;* in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus, et fideicommissis et legatis. *Gerhard* NOODT de foenore et usuris III. 10.

12) cit. L. 87. §. 1. D. de legatis 2. Usuras fideicommissi *post* impletos annos viginti quinque puellae, *ex quo mora facta est*, deberi respondi. Quamuis enim constitutum sit, ut minoribus viginti quinque annis usurae omnimodo praestentur, *tamen non pro mora hoc habendum est;* quam sufficit, semel interuenisse, ut perpetuo debeantur. Dahin deutet auch cit. L. 5. C. de act. emti. verb.:

licet nulla mora intercesserit. E. C. Westphal hermeneutisch-systematische Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 782.

§. 4.

2) Von der mittelbaren Verbindlichkeit

a) aus Verträgen.

Die mittelbare Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen, setzt eine verbindliche Handlung des Verpflichteten, als ihren nächsten Grund, mithin entweder **Verträge** oder einseitige, **theils erlaubte, theils unerlaubte** Handlungen voraus. Das Römische Recht unterscheidet in beider Rücksicht die Geschäfte stricti iuris und bonae fidei sehr; jene lassen gar keine Zinsenforderung zu, wenn sie nicht förmlich stipulirt sind. Außerdem werden sie weder durch Vertrag noch durch ungebührlichen Verzug begründet [1]). Eben dieß gilt der Regel nach auch vom Darlehn [2]), weil es nach dem Begriffe, den das Civilrecht damit verbindet, die Rechte des Gläubigers durchaus nur auf die angeliehenen Summen einschränkt, und jeden Gewinn desselben ausschließt — contractus gratuitus —, obgleich daraus noch nicht gefolgert werden kann, daß es zu den Geschäften stricti iuris gehöre [3]). Zinsbar wird das Kapital durch die Stipulation, es ist aber auch alsdann kein

Dar-

Darlehn mehr, sondern wird mit dem allgemeinen Nahmen foenus bezeichnet. Doch lassen die Gesetze einige Ausnahmen zu, und gestatten die Klage wegen bloß versprochener Zinsen beim Darlehn, 1) den Städten [4]), 2) den Argentarien [5]), 3) bei den Zinsen wegen übernommener Seegefahr — foenus nauticum [6]), 4) bei geborgtem Getraide [7]). Bei allen übrigen Contracten bonae fidei hingegen sind Verträge, wenn sie nur vor gänzlicher Abschließung des Hauptgeschäftes beigefügt worden [8]), ein gültiger Rechtsgrund der Zinsenforderung [9]).

Bekanntlich gilt aber jener Römische Unterschied der Contracte in Deutschland nicht, daher in unsern Gerichten jeder Vertrag allemal als hinreichender Grund der Zinsen anerkannt wird, das Versprechen derselben mag übrigens einem Hauptgeschäfte gleich beigefügt, oder in der Folge erst geleistet sein. — Dieß alles gilt auch besonders beim Darlehnscontract, obgleich vor dem neuesten Reichsabschiede die Gültigkeit der versprochenen, ja selbst der Verzugszinsen als solcher, vermöge des geistlichen Rechts sehr bestritten ward [10]). Neuerer Zeit leidet die Gültigkeit beider Arten der Zinsen beim Darlehne kein Bedenken mehr. Die Meinung indessen, welcher auch noch Westphal beitrat [11]), daß heutiges Tages aus dem Darlehne an sich schon Zinsen gefordert

werden könnten, wenn auch der Schuldner dergleichen nicht versprochen hätte, sich auch nicht im Verzug der Wiederbezahlung befände, läßt sich nicht vertheidigen. Leyser [12]) bemerkt sehr richtig: iura nostra non *praecipiunt*, sed *permittunt* usurarum stipulationem in mutuo. Es ist nach unsern Rechten ein naturale des Contracts, daß er gratuitus ist, welches freilich durch Verträge eine Abänderung leidet.

[1]) L. 99. pr. L. 126. §. 2. D. *de verbor. obligat.* L. 32. und 34. D. *de usuris.* I. H. BOEHMER de actionibus I. 3. 12. sequ.

[2]) L. 21. und 24. D. de *verbor. signif.* L. 1. 3. 4. 7. C. *de usuris*, L. 5. §. 2. D. *de solut.*

[3]) I. H. BOEHMER Diss. de usuris pecuniae mutuaticiae in Eiusd. Exercitat. ad Pandect. T. 4.

[4]) L. 30. *D. de usuris.*

[5]) Nov. 136. Cap. 4. *Herm.* VULTEIUS comment. ad Jnstitut. III. 22. 5. *Hermann* HUBERT Dissert. 1. 2. de Argentariis veterum, bei OELRICHS thes. Dissert. iurid. in Acad. Belg. habitar. Vol. II. T. 1. Neuerer Zeit hat das Verhältniß der Argentarien sehr einleuchtend entwickelt von Almendingen Ueber Urkundenedition und Argentarien, in Grolmanns Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts ꝛc. I. 7.

[6]) L. 7. D. de *naut. foen.* Joh. Ludw. Schmidt von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 731. ꝛc.

[7]) L.

7) L. 12. C. *de usuris.* *Gerhard* NOODT de foenore et usuris III. 2.

8) PAULLUS recept. sentent. II. 14. L. 24. D. de praescript. verb.

9) L. 7. §. 5. D. *de pactis.* L. 24. in fin. L. 26. §. 1. D. *depositi* L. 5. C. *de pactis inter Emtorem et venditor.*

10) Gerstlacher Handbuch der deutschen Reichsgesetze, X. 2127. ist hiebei ganz vorzüglich nachzusehen.

11) E. C. Westphal Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts nach Ordnung der Pandekten. Tit. de rebus creditis. §. 1.

12) LEYSER Med. ad Pand. 130. 3. etc.

§. 5.

b) aus einseitigen erlaubten Handlungen.

Die einseitigen Handlungen, als nächster Grund der Zinsen betrachtet, sind theils erlaubt, theils gesetzwidrig. Zu den erstern gehört a) die Antretung einer Erbschaft, oder sonst geschehene Anerkennung eines letzten Willens von Seiten dessen, dem darin eine Zinsenzahlung auferlegt ist 1). Ich weiß es wol, daß man dieß als einen sogenannten Quasicontract den Verträgen beizuzählen pflegt. Allein schon Gerhard Titius nannte das ein otiosum commentum 2), und es wird wenigstens hier nicht

nöthig sein, darüber noch etwas zu sagen [3]); b) das einseitige nicht angenommene Versprechen zum Besten der Kirche oder des gemeinen Wesens, votum et pollicitatio, wodurch Jemand neben der Hauptsumme auch Zinsen gelobt [4]). c) Gewissermaßen könnte wol auch hieher gerechnet werden jeder Zinsengenuß und die Einnahme derselben von fremden Geldern, in sofern keine widerrechtliche Handlung dabei zum Grunde liegt [5]), wiewol die erhobenen Zinsen alsdann in der Person des Geschäftsführers aufhören solche zu sein, und von ihm nicht als Zinsen, sondern als Hauptschuld mit gefordert werden — naturam sortis induunt —.

[1]) L. 3. §. 6. D. *de ann. legat.*

[2]) *Gottl. Gerh.* TITIUS iur. priv. II. 5. 12. Derselbe I. 9.

[3]) von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit. pag. 291. Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 9. seq.

[4]) L. 6. D. de pollicitat. *Dan.* NETTELBLADT Dissert. de pollicitatione in primis in specie sic dicta, Halae 1779. §. 12.

[5]) L. 10. §. 4. D. Mandati, : Si procurator meus pecuniam meam foenori dedit, usurasque consecutus est, consequenter dicemus debere eum praestare, quamtumcunque emolumentum sensit, siue ei mandaui siue non, quoniam bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. L. 19.

§. 4. D. de negot. geſtis: Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum geſtorum iudicio praeſtabimus.

§. 6.

c) aus einſeitigen unerlaubten Handlungen.

Zu den widerrechtlichen einſeitigen Handlungen, welche zunächſt die Verbindlichkeit der Zinſen hervorbringen, gehört vorzüglich 1) die ungebührliche Verzögerung des Abtrags der Hauptſchuld — mora — [1]), die in Fällen, wo die Hauptverbindlichkeit aus unerlaubten Handlungen herrührt, an ſich ſchon immer vorhanden iſt [2]), ſonſt aber eine durch das Geſetz [3]), den Ausſpruch des Richters, oder durch Vertrag beſtimmte Zahlungszeit, oder vorgängige Aufforderung von Seiten des Gläubigers — interpellatio — vorausſetzt. 2) Jede unbefugte Handlung, wodurch Jemand, ohne in mora solvendi zu ſein, dennoch einen andern im freien Gebrauch ſeines Geldes ſtöhrt oder hindert, z. B. durch ungerechten Arreſt [4]), 3) die Vernachläſſigung oder vorſätzliche Hintenanſetzung der Zinſen eines fremden Capitals, welches Jemand zu verwalten hatte [5]), 4) jede unbefugte Verwendung fremder Gelder zu unſerm Nutzen verbindet an ſich ſchon, ſolche mit

den Zinsen zu vergüten, gesetzt auch, daß durchaus keine mora dabei vorkommen sollte. Aus diesem Grunde ist der Gesellschafter [6]), der Depositar [7]), der Gevollmächtigte [8]), jeder anderer Geschäftsführer oder Verwalter öffentlicher oder Privatgelder [9]) und besonders auch der Vormund [10]) das in eigenen Angelegenheiten verwandte gemeinschaftliche, oder fremde Geld zu verzinsen schuldig Ja die Gesetze wollen sogar diesen unrechtmäßigen Gebrauch mit 12 Procent Zinsen vergütet wissen [11]).

Gegen die Anwendbarkeit der in diesem und dem vorigen §. bemerkten Vorschriften des Römischen Rechts, findet kein gegründeter Einwand Statt, in sofern nicht besondere Landesgesetze und Statuten dagegen vorkommen. Die Deutschen Reichsgesetze enthalten nichts, was dieser Anwendbarkeit entgegen gesetzt werden könnte, und erweisliche Gewohnheitsrechte, die hier die Stelle einer gemeinen Rechtsnorm vertreten könnten, giebt es gleichfalls nicht [12]). Besonders haben die Gesetze, welche den unbefugten Gebrauch fremder Gelder mit 12 Procent Zinsen ahnden, so viel Gründe der Gerechtigkeit für sich, als im Gegentheil die Nachsicht der Gerichte zu tadeln ist, welche den ungerechten Haushaltern bewiesen wird — .quum gratuitam certe integram et abstinentem omni lucro praestare fidem deberent,

licen-

licentia, qua videntur abuti, maximis usuris vice cuiusdam poenae subiiciuntur — [13]). Gerade jener Art des Vergehens gegen fremdes Eigenthum, ist die Ahndung, welche die Gesetze dafür bestimmt haben, sehr angemessen, — per quod quis peccat etc. — [14]). Daß die Reichsgesetze im allgemeinen nur 5 Procent als rechtmäßige Zinsen ordnen, giebt hier kein entscheidendes Argument. Sie bestimmen nur die **ordentliche** Summe der Zinsen, wie viel man durch Vertrag bedingen, oder als **Entschädigung** der Regel nach fordern dürfe. Eben weil sie aber von den besondern Fällen, wo das Civilrecht aus eigenen Gründen, eine außerordentliche Quantität der Zinsen erlaubt oder ordnet, nichts enthalten, können sie auch der Anwendung desselben nicht entgegen gestellt werden. Sonst würde man mit jenem Argument auch das foenus nauticum, ja die heutigen Bodmereizinsen verwerfen können.

[1]) L. 24. D. *Depositi.* L. 32. §. 2. D. *de usuris.* Das Geschichtliche der Römischen Gesetzgebung in Ansehung dieses Grundes der Zinsen zeigt *Gerhard* NOODT de foen. et usuris, III. 6.

[2]) L. 8. §. 1. L. 20. D. de cond. furt. L. 7. C. de cond. furt., obgleich die Gesetze hier nicht ohne Ausnahme die Zinsenforderung gestatten. L. 4. C. ibid. (§. 1. n. 5.)

[3]) Dahin

3) Dahin gehört unter andern, 1) daß die Einnehmer und Berechner öffentlicher Gelder das ihnen Bezahlte sogleich an den gehörigen Ort abliefern, L. un. C. de auri publici persecutoribus. L. 1. C. de canone largit., folglich, wenn sie es hieran ermangeln lassen, die bei sich behaltenen Gelder verzinsen müssen, wenn sie gleich an deren Abtrag nicht erinnert worden sind. LEYSER Med. ad Pand. 244. 5.; 2) Daß der Käufer gleich nach geschehener Uebergabe der Sache das Kaufgeld bezahlen, widrigenfalls solches verzinsen muß, wovon jedoch im folgenden §. noch näher gehandelt wird; 3) Daß der rechtskräftig verurtheilte Schuldner, wenn er innerhalb vier Monathen nicht bezahlt, sogar 12 Procent Zinsen bezahlen soll. L. 2. C. *de usuris rei iud.* LEYSER l. c. Med. 7.

4) Argument. L. 33. pr. D. ad L. Aquil. verb. *amisisse* dicemur quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur. LEYSER l. c. Med. 4. *Dan.* NETTELBLADT Syst. elem. iurisprud. posit. germ. commun. general. Hal. 1781. §. 327.

5) L. 19. §. 4. D. *de negot. gest.* Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum iudicio praestabimus, *vel etiam quas percipere potuimus.*

6) L. 1. §. 1. D. *de usuris*, verb.: Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem inuaserit, vel in suos usus conuerterit, omnimodo *etiam mora non interveniente* praestabuntur usurae.

7) L. 28. fin. D. *Depositi*, verb.: Deberi ex bonae fidei iudicio usuras, siue percepit, *sive pecunia in re sua usus est.*

8) L. 10. §. 3. *Mandati*, verbis: Quodsi Procurator non exercuit pecuniam, sed ad usus suos conuertit, in usuras conuenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentantur. Denique Papinianus ait, etiam si usuras exegerit procurator, et in usus suos conuertit, usuras eum praestare debere.

9) L. 38. D. *de negot. gestis.*

10) L. 7. §. 10. et 12. D. *de administrat. et peric. tutor.* L. 2. C. de *usur. pupill.*

11) cit. L. 38. D. *de negot. gest.* verb. *maximas usuras*, woraus die in der vorigen Note angeführten Gesetze näher zu erklären sind, und wodurch zugleich die Einwürfe gehoben werden, welche I. G. BAUER in progr. de usuris sorti imputandis vel repetendis, Lips. 1760. opusc. acad. n. 26. und andere gemacht haben, um die Rechtmäßigkeit dieser 12 Procent Zinsen selbst nach Römischen Rechten zu bestreiten. Maximae usurae sind im R. R. wol nicht füglich auf sechse von Hundert einzuschränken.

12) Man vergleiche z. B. was die Zinsen wegen rechtskräftiger Verurtheilung anbetrifft, LEYSER Spec. 244. Med. 7. Diese und andere Vorschriften des Römischen Rechts werden zwar in der Anwendung bestritten, aber nicht auf Behauptungen, sondern auf Gründe kommt es hier an. Ich muß auch bei dieser Gelegenheit Allen, die der

soge-

sogenannten Praxis — diesem unbekannten Obern — zu sehr huldigen, sonderlich aber auch denen, die sie in vorkommenden Fällen fürchten zu müssen glauben, zur Belehrung und zum Troste eine neuere Schrift empfehlen, worin dieß oraculum iuris nach Gründen des Rechts und der Wahrheit gehörig gewürdiget ist: S. E. A. Hauß über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs. Erlangen 1798.

13) cit. L. 38. D. de negot. gest.

14) CICERO de legibus III. 46. Noxiae poena par esto, ut in suo vitio quisque plectatur, vis capite, auaritia mulcta, honoris cupiditas ignominia sanciatur. I. L. E. PÜTTMANN de reis suo in vitio plectendis in Eiusd. adversariis iuris civil. I. 2.

§. 7.

Versuch einer nähern Bestimmung der Verbindlichkeit des Käufers, das Kaufgeld zu verzinsen.

Die von vielen angenommene Regel, daß nur Vertrag oder ungebührlicher Verzug die Zinsenforderung begründen, wird auch gewöhnlich auf die Zinsen des Kaufgeldes angewandt. Daß es aber mit der Allgemeinheit der gedachten Regel nicht so ganz richtig sei, ist bisher gezeigt worden, und auch hier führt ihre Unzulänglichkeit zum Theil zu einer

ganz

ganz unrichtigen Beurtheilung der Sache. Hellfeld sagt: Si tempore conventione definito, aut deficiente pacto, post traditionem factam pretium non solvitur, emtor in *mora solvendi*, sicque ad usuras praestandas obligatus est, *etiamsi iustam causam* pretium retinendi, v. c. ob evictionem imminentem, seu *ob iudicis praeceptum de non solvendo* habuerit, dum sola iudicialis oblatio et depositio debitorem a morae effectibus liberet [1]). In der Sache selbst ist dieß wol wahr; der Käufer muß Zinsen bezahlen, wenn er auch gerechte Ursache hatte, das Kaufgeld zurück zu halten. Aber ich weiß nicht, in wie fern alsdann der Begriff der mora noch Statt findet; das: etiamsi iusta causa etc. scheint mir mit dem Wesen der mora, d. i. einer *iniusta* dilatio — nicht vereinbarlich. Genau betrachtet, giebt es in Ansehung des Kaufgeldes einen dreifachen Grund der Zinsen: 1) Vertrag, 2) mora, 3) besondere Vorschrift der Gesetze. 1) Es versteht sich von selbst, daß vor allen Dingen darauf zu sehen ist, was der Käufer und Verkäufer der Zinsen wegen mit einander verabredet haben [2]). Diesem ist nachzugehen, wenn kein unerlaubter Wucher damit verbunden ist. 2) Mora kann ihrem Wesen nach hier nur angenommen werden, wenn der Käufer **ohne rechtmäßigen Grund** die Bezahlung des Kaufgeldes

geldes **verzögert**, sie setzt daher allemal voraus, A) daß die Zeit, da der Käufer das Kaufgeld bezahlen mußte, vorhanden war, B) daß er **widerrechtlich** diese Zahlung unterließ. A) Die Zeit der Zahlung hängt zuvörderst a) von der Verabredung der Parteien ab. Ist das Kaufgeld geborgt, und auf Termine gesetzt —, so ist erst nach deren Ablauf mora, und vermöge derselben die Verbindlichkeit der Zinsen denkbar. b) Ist das Kaufgeld zwar creditirt, aber keine Zahlungszeit bestimmt, so fängt mora des Käufers, und mithin auch die Verbindlichkeit der Zinsen, die sich in mora gründen soll, nur erst von Zeit der geschehenen Anforderung — interpellatio — an [3]). c) Ist das Kaufgeld nicht creditirt, so bestimmt das Gesetz die Zahlungszeit gleich nach geschehener Uebergabe der Sache. Der Käufer ist also den Gesetzen nach sofort in mora, nachdem ihm die Sache gehörig übergeben, und dagegen das nicht creditirte Kaufgeld von ihm nicht berichtigt ist [4]).

B) Hat der Käufer rechtmäßige Ursache das Kaufgeld an den Verkäufer nicht zu bezahlen, z. B. die Obrigkeit belegt es mit Arrest, so kann freilich nicht gesagt werden, daß er sich eines ungebührlichen Verzuges schuldig gemacht habe, und ex mora ist er denn auch wirklich zu keinen Zinsen verbunden.

Aber

Aber nun bleibt noch ein anderer Grund dieser Verbindlichkeit übrig, nämlich

3) die besondere Vorschrift der Gesetze. Vermöge derselben soll der Käufer sich ohne Bewilligung des Verkäufers nicht unentgeltlich im Genusse der Sache und des Kaufgeldes befinden, sondern das letztere alsdann schlechterdings verzinsen, vorausgesetzt, daß ihm die Sache ganz, und gehörig abgeliefert, oder für übergeben zu achten ist. Curabit Praeses prouinciae compellere emtorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere, quas et perceptorum fructuum ratio, et minoris aetatis fauor, *licet nulla mora intercesserit*, generauit [5]). Daß der Verkäufer hier zugleich minderjährig war, ist nicht der alleinige Grund der Entscheidung; man sieht vielmehr deutlich, daß eine gemeine Rechtsnorm anerkannt wird, die dem Verkäufer, auch wenn er großjährig gewesen wäre, zu Statten gekommen sein würde [6]). Damit stimmt auch eine andere Gesetzstelle überein. Veniunt autem in hoc iudicium — usurae pretii post diem traditionis. Nam quum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere. Possessionem autem traditam accipere debemus, etsi precaria sit possessio. Hoc enim solum spectare debemus, *an habeat facultatem*

fructus

fructus percipiendi [7]). Man sieht also, daß die Gesetze den Käufer hier aus einem ganz eigenen, von der mora noch verschiedenen Grunde, zur Zinsenzahlung verbinden, und wenn gleich andere Stellen dieß nicht so bestimmt ausdrücken, sondern nur den ungebührlichen Verzug als Grund der nicht versprochenen Zinsen angeben [8]), so darf uns dieß doch von einer genauern und richtigern Bestimmung der Sache, wie sie aus jenen Gesetzen selbst hervorgehet, nicht abhalten. Rechte und Verbindlichkeiten sind alle Mal in vorkommenden Fällen nach ihren wahren und ächten Gründen zu bestimmen, und es kann in der Anwendung nicht gleichgültig sein, sondern sehr leicht ungerechte Folgen veranlassen, wenn sie auf falsche Principien zurückgeführet werden. Wenn man also deutlich wahrnimmt, daß das Gesetz den Käufer in gewissen Verhältnissen zu den Zinsen verbindet, ohne daß ihm eine widerrechtlich unterlassene Zahlung des Kaufgeldes zur Last fällt, so muß alsdann auch nicht mora als der Grund der Zinsen angegeben werden. Mehrere Rechtsgelehrte haben dieß auch bereits anerkannt, wenn sie gleich in Ansehung der vollständigen Darstellung der Sache noch etwas zu ergänzen übrig gelassen haben [9]). Viele, und bei weitem wol die mehrsten, sind aber dabei geblieben, hier alles, in Ermangelung der

Ver-

Verträge, nur aus der mora herzuleiten [10]), und bedienen sich zum Theil mancher Erklärungen, die der Sache durchaus nicht angemessen sind. Man redet z. B. da, wo keine mora ist, doch von Wirkungen des Verzuges, denen der Käufer nur durch die Deposition des Kaufgeldes ausweichen könnte —. Man unterscheidet die mora ex persona und ex re, allein auch diese muß doch das Wesen des Hauptbegriffs haben, und läßt sich daher in Fällen, wo die iniusta dilatio solutionis pretii fehlt, gleichwol aber die Zinsenverbindlichkeit Statt findet, nicht füglich annehmen.

Gegen die Vorschrift der Gesetze nun, wovon hier die Rede ist, schützt es den Käufer noch nicht, wenn ihm die Sache vollständig übergeben ist, mithin der Contract an sich ihn zur Bezahlung des nicht creditirten Kaufgeldes verbindet, und er gleichwol gewisse rechtliche Ursachen, z. B. die Abwesenheit des Verkäufers, die bevorstehende Eviction, oder den auf das Kaufgeld angelegten Arrest, vorwenden wollte, um sich von den Zinsen zu befreien [11]). Allerdings würde er sich dieser Einreden mit gutem Erfolge bedienen, wenn man bloß Verzugszinsen von ihm fordern könnte [12]). Allein darauf kommt es hier nicht an, da die Gesetze ihn aus einem ganz andern Grunde dazu verpflichten, und durchaus

nicht gestatten wollen, daß er sich, ohne besondere Nachsicht des Verkäufers, in dem Stande befinden darf, die Sache und das Kaufgeld neben einander zu nutzen. Dieser Grund wird dadurch noch nicht immer gehoben, daß der Käufer aus andern Ursachen berechtigt, oder gar verbunden wird, das Kaufgeld an den Verkäufer nicht zu bezahlen. Er muß darum doch die rechtlichen Folgen des Besitzes, und des daher möglichen Genusses der Sache und des Geldes, gelten lassen, und kann also die Vorschrift der Gesetze nicht anders von sich entfernen, als wenn er den gedachten Besitz der Sache oder des Geldes aufgiebt, mithin, was er etwa dem Verkäufer selbst nicht einhändigen kann, oder darf, in gerichtliche Verwahrung bringt [13]). Unterläßt er dieses, so ist er unstreitig Zinsen zu bezahlen schuldig, gesetzt auch, daß er zeigen wollte, er habe die ihm übergebene Sache, oder das zurückbehaltene Geld ganz ungenutzt gelassen, oder er sei am Gebrauch der erstern casu gehindert worden. **Leyser** am angeführten Orte glaubt zwar, daß dieses dem Käufer gegen die Zinsenforderung zu Statten komme. Ich kann aber seiner Meinung, die auch schon **Pufendorf** bestritten hat [14]), nicht beipflichten. Denn ob es gleich in den Gesetzen heißt: perceptorum fructuum ratio, und: quum re fruatur, aequissimum est eum

usuras

usuras pendere, so bezieht sich doch dieses nur auf das, was gemeiniglich mit dem Besitze verbunden ist. Es wird angeführt, um die Billigkeit desto auffallender darzulegen. Eigentlich ist es aber genug, daß der Käufer durch die Uebergabe der Sache rechtlich in den Stand gesetzt ist, sie zu nutzen, mithin beides, Geld und Sache, nun gebrauchen darf, wie dieses auch in der angeführten L. 13. §. 21. D. de act. emti durch die Worte: hoc enim solum spectare debemus an habeat *facultatem* fructus percipiendi, deutlich erklärt wird [15]). Daher wird auch natürlich in Ansehung der Summe der Zinsen nicht auf die Größe des Nutzens gesehen, den der Käufer genossen hat, sondern er muß immer die ordentlichen gesetzmäßigen Zinsen erlegen [16]).

Man hat bekanntlich über die Verzinsung des Kaufgeldes wegen verhandelter Kramwaaren noch besonders gestritten [17]). Kein Gesetz — es versteht sich, daß hier von gemeinen Rechten die Rede ist — hat aber in diesem Betrachte eine Ausnahme von den bisher vorgetragenen Regeln bestimmt, und alle Einschränknngen, welche die Rechtsgelehrten dabei versucht haben, sind ohne zureichenden Grund angenommen worden, daher auch dieser Punct nach eben den Grundsätzen zu beurtheilen ist, welche von den Zinsen des Kaufgeldes überhaupt gelten.

1) HELLFELD iurisprud. forens. §. 986.

2) L. 5. C. *de pact. inter emtor. et venditor.* vergl. **Westphal vom Kauf** ꝛc. §. 556.

3) L. 88. D. *de regul. iuris.* L. 22. pr. D. *de usuris.* HOFACKER princip. iur. civil. Rom. germ. §. 1825. COCCEII I. C. Tit. de act. emti, qu. 16.

4) L. 13. §. 20. D. de *act. emti.* L. 2. C. *de usuris.* Hier bedarf es also keiner interpellatio. **Struben** rechtl. Bedenken III. 89.

5) L. 5. C. *de act. emti etc.*

6) **Westphal vom Kauf** ꝛc. §. 553.

7) L. 13. §. 20. 21. D. *de act. emti.*

8) L. 5. C. *de pact. inter emtor. et vendit.* L. 13. C. *de act. emti etc.*

9) COCCEII I. C. XIX. 1. 16. LEYSER med. ad Pand. 211. 1. **Höpfner** theoret. prakt. Commentar über die Institut. §. 880.

10) Man sehe unter andern VOET Comment. ad Dig. XIX. 1. 18. und 19. I. A. HELLFELD iurisprud. for. §. 986. HOFACKER princ. iur. civ. Rom. german. §. 1934.

11) LEYSER ad Dig. 211. 1. etc. und 243. 10. etc. **Höpfner** Commentar §. 880.

12) Dieß bemerkt LEYSER Spec. 243. Med. 11. sehr richtig: quum fons ipse, ex quo hae usurae profluunt, sic obstruatur, atque adeo sublata causa tollatur effectus.

13) Argument. L. 7. D. *de usuris* verb.: Debitor usurarius creditori pecuniam obtulit, et eam cum accipere noluisset, obsignauit et deposuit. *Ex eo die*

die ratio non habebitur usurarum. add. L. 19. C. de usuris. Ist daher gleich der Käufer, gegen den ein Dritter die Eigenthumsklage angestellt hat, nicht schuldig, dem Verkäufer das Kaufgeld, vor bestellter Sicherheit, zu bezahlen, L. 18 §. 1. D. *de pericul. et commodo rei vendit.*; so berechtigt ihn dieß doch nicht, solches neben der Sache zu behalten, wenn er es nicht verzinsen will, weil alsdann der Grund jener Gesetze gegen ihn fortdauren würde. VOET Comment. ad Dig. XIX. 1. 19. MÜLLER ad LEYSER observ. 432. II. 2. Dieß bestätigt auch L. 18. §. 1. D. de usuris. Post traditam possessionem defuncto venditore, *cui successor incertus fuit*, medii quoque temporis usurae pretii, *quod in causa depositi non fuit*, praestabuntur. Hier war eigentlich noch Niemand, der ein Recht hatte, das Kaufgeld zu fordern, und doch konnte der Käufer nur durch die Deposition von den Zinsen frei kommen. Eben dieß gilt auch von dem gerichtlich angelegten Arreste. LEYSER Spec. 211. Med. 5. und Spec. 243. Med. 10. 11. HELLFELD iurispr. forens. §. 986. Höpfner Commentar über die Institut. §. 880. Die entgegenstehende Meinung des Struben Rechtl. Bed. IV. 102. läßt sich nicht vertheidigen. MÜLLER ad LEYSER. oberv. 437. III. 1. Der gerichtliche Arrest soll nur die Sicherheit dessen, der ihn ausbringt, bewirken, und zu diesem Zweck nur hindern, daß das Kaufgeld nicht in die Hände des Verkäufers gerathe. Er giebt aber, diesen Zweck abgerechnet, dem Inhaber des

Geldes oder der Sachen, bei welchem er angelegt wird, durchaus nicht mehr Recht an diesem Gelde oder diesen Sachen, als er vorher schon hatte. Er ändert also auch das Rechtsverhältniß des Käufers in dem Betrachte, daß dieser nun beides, Waare und Geld, inne hat, keinesweges, und läßt mithin die rechtlichen Folgen unverrückt, die an sich aus diesem Besitze entstehen, und die nur dadurch gehoben werden können, daß der Käufer sich auf eine dem Impetranten des Arrestes unschädliche Art, von gedachtem Besitze trennt —. Daß der Käufer, wenn er gar keine rechtmäßige Ursache wegen des nicht bezahlten Kaufgeldes vor sich hat, auch durch die Deposition des Geldes nicht von den Zinsen frei komme, versteht sich von selbst. L. 2. C. *de usuris.*

14) PUFENDORF Observat. iur. univ. III. 170.

15) LAUTERBACH colleg. theoret. pract. XIX. I. 56.

16) LAUTERBACH ibid.

17) HOFACKER princip. iur. civ. Rom. germ. §. 1934. und daselbst angeführte DD. MÜLLER ad LEYSER observ. 433. II. 2.

IV.

Commentatio de usuris indebite solutis, earumque tam repetitione, quam in sortem imputatione. Ad legem XXVI. pr. §. I. et. II. D. de Condictione indebiti.

Argumentum.

§. I. Notio foenoris indebiti.

§. II. Communis doctorum opinio circa usuras indebite solutas recensetur.

§. III. Verba legis XXVI. pr. §. 1. et 2. D. de Condictione indebiti.

§. IV. Circa genuinam legis lectionem nonnulla notantur.

§. V. Variae doctorum sententiae circa rationem et mentem legis noſtrae propius considerantur. Et quidem 1mo Huberi explicationem veritati haud convenire paucis oſtenditur.

§. VI. Quid plerisque hac de re visum sit iureconsultis.

§. VII. Opinio eorum refellitur, quoniam naturalis, quam supponunt, obligatio, ad summum esset imperfecta tantum.

§. VIII. Quae tamen sola repetitionem indebiti non impedit. Explicantur LL. 52. 65. §. 2. et 32. §. 2. D. de condict. indebit.

§. VIIII. Quid de sententia eorum tenendum sit, qui legem noſtram de usuris pacto nudo promissis intelligi volunt.

§. X. Coniectura Gerhardi Noodt,

§. XI. Cui adsentit quoque Schultingius,

§. XII. Suis non caret difficultatibus.

§. XIII. Pro indagando vero legis sensu quaedam praemonentur.

§. XIV. Scienter indebitum solvens in regula quidem repetitione non gaudet; dantur tamen casus, ubi contrarium merito obtinet.

§. XV. Quorum potiores enumerantur.

§. XVI. Quanam actione experiri debeat, indebitum, quod sciens se non teneri praestitit, repetiturus.

§. XVII. Inter veteres hac de re varie disputatum esse videtur.

§. XVIII. Summa nostrae sententiae de vero sensu Legis XXVI. pr. §. I. et. II. D. de condict. indeb.

§. XVIIII. Eaque probatur Imo ope inscriptionis citatae legis.

§. XX. Secundo, per iuris analogiam.

§. XXI. Tertio, ex ipso legis tenore.

§. XXII. Consectaria quaedam ex hactenus dictis.

§. XXIII. Quanam ratione imputatio foenoris illiciti in sortem facienda sit, investigatur.

§. XXIV. Continuatio.

§. XXV. Prior Leyseri modus defenditur.

§. XXVI. Et ab obiectionibus Kochii liberatur.

§. XXVII. Quid? Si usurae in se quidem licitae, error tamen solutioni earum subfuerit? Leyserus notatur.

§. XXVIII. Quaenam tunc imputationis in sortem faciendae ratio.

§. XXVIIII. Recapitulatio.

§. 1.

Notio Foenoris indebiti.

QUUM pecuniae debitorem non ipso iure nec indistincte ad usuras teneri, sed specialem huiusmodi obligationis causam requiri dubio careat, fieri potest, immo experientia teste multoties accidit, ut quis citra omnem obligationem perfectam foenus creditori soluat, hocque tunc indebiti characterem induat. Sunt enim usurae indebitae, *quae nullo iure neque naturali neque civili debentur;* et quidem vel *in totum*, vel pro parte seu *in tantum* tales, prout nempe debitor aut *nullis* plane, aut *minoribus*, quam vere soluit, usuris obnoxius erat. Cessat autem hic naturalis, aeque ac civilis obligatio 1) ex ipsa usurarum notione, si nimirum sors principalis non debetur, vel quocunque modo extincta est. 2) Si fundamenta dictae obligationis plane deficiunt [1]). 3) Si usurae

legibus

legibus repugnant prohibitivis. Fieri enim poteſt, ut factum naturaliter licitum et perfecte obligatorium iure positivo prohibitum plane, hinc arbitrio civium omnino exemtum sit. Accidit hoc in specie circa usuras, quibus leges civiles varia ratione resiſtunt; et quidem a) *ratione quantitatis.* Ne enim creditores improbum captarent lucrum, iura noſtra ad certam usuras reduxerunt summam, quam creditor nulla ratione, sive ex pacto, sive ex alio fundamento, *usuras* petat, excedere poteſt. Sic Ulpianus L. 3. §. 6. D. *de ann. legat. hactenus* inquit, *legatum usurarum valere debet, quatenus modum probabilem usurarum non excedit.* Ratio in promtu eſt. Teſte enim POMPONIO L. 55. D. *de Legat.* I. *Nemo poteſt in teſtamento suo cavere, ne leges in suo teſtamento locum habeant.* Eſt autem quantitas legitima vel *ordinaria*, quae in regula obtinet, ac solum sortis usum respicit, vel *extraordinaria*, quae tunc locum invenit, si ex singulari quadam ratione leges excessum quanti ordinarii tolerant, quorsum inter alia nauticum foenus pertinet; b) *quoad cursum*, cui finem leges imponunt, simulac summa usurarum ipsi sorti aequalis eſt; c) *quoad obiectum*, sic enim usurae usurarum legibus expresse prohibitivis repugnant. Facilis largior, haec omnia iuri naturali absoluto

per

per se non repugnare; verum posita civili societate, quid magis naturae ac sanae rationi convenit, quam voluntati imperantis morem geri ab illis, quibus gloria obedientiae relicta est? Nonne igitur ipsum ius naturae hypotheticum pactis et conventionibus a legislatore prohibitis omnem obligandi vim aperte denegat? Parum concinne communiter hoc ita exprimi solet, ut in hisce et aliis casibus obligatio naturalis reprobata, vel per legem civilem destructa adesse dicatur; quum tamen secundum ipsas naturae leges obligatio hic plane nulla adsit, quoniam obiectum obligationis arbitrio paciscentium exemtum est, deficiente vero hoc arbitrio ac disponendi facultate, omnino etiam naturae iura actum plane invalidum declarant. Sed hac de re alibi iam pluribus est expositum [2]).

[1]) vid. Comment. praeced. Ueber die rechtlichen Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen.

[2]) Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

§. II.

§. II.

Communis doctorum opinio circa usuras indebite solutas recensetur.

USURAS indebite licet solutas si modo a) sors ipsa haud indebita, nec b) usurarum nomine ultra modum legitimum quicquam solutum fuerit, repeti plane non posse, communis fere est Doctorum opinio. Inter plures, quos ita sentientes excitare possem, LEYSERUM [1]), BRUNNEMANNUM [2]), HUBERUM [3]), HELLFELDIUM [4]), SCHILTERUM [5]), SCHOEPFERUM [6]) et VOETIUM [7]), Jureconsultos probatissimae in foro auctoritatis, nominasse sufficiat. Parum interesse putant, errore lapsus, an sciens, se non teneri, usuras dependerit; Sufficere aiunt, sortem debitam, nec usurariae pravitatis reum esse creditorem; quibus positis indistincte debitorem a repetitione usurarum excludunt; utut neque pacto easdem promiserit, neque aliunde lex civilis necessitatem illas praestandi ipsi imposuerit. Casum refert LEYSERUS sequentem. *Debitor creditori suo usuras trientes promiserat, sed per aliquot annos quincunces soluerat. Deinde* ERRORE COGNITO, *quod ultra promissum dederat, repetebat. Sed contra eum secundum L. 26. de cond. ind. iudicavimus.* Semper, fateor, dubium

mihi

mihi visum est maxime, qui fieri possit, ut usurae caeteroquin odiosae, hinc ex principiis legum notissimis restringendae magis, quam extendendae, nihilo tamen minus a communi regula, vi cuius indebitum ex errore solutum ubique repetere licet, plane singularem adeo, quin exorbitantem constituant exceptionem. Incidi tandem, haec ita mecum reputans, in verba quaedam HUGONIS DONELLI [8]), memoratu dignissima: *Caeteras res omnes per errorem facti solutas repeti posse constat, multo ergo magis constare debuit, repeti posse usuras, quum usurae sint odiosae, et odia restringi debeant.* Aequissimam esse hanc DONELLI sententiam haud facile in dubium vocaveris, sed sola aequitas vix est, ut effectum in foro habeat, simulac lex scripta eidem opponitur. Hanc enim sequi nos oportere, licet dura sit, quis est, quem fugiat? Extat autem, quae communi opinioni haud parum favere videtur, Lex XXVI. pr. §. 1. et 2. D. de cond. indeb., cuius verba hic statim adducere lubet.

[1]) Spec. 148. med. 6. [2]) ad L. 26. D. de cond. ind. [3]) Lib. 12. Prael. ad Pand. Tit. 6. n. 6. [4]) in iurisprudentia forensi §. 829.

[5]) Exercit. ad Pand. XXII. §. V. [6]) Synops. Pand. Lib. 12. Tit. 6. n. 15. [7]) in Comment. ad Pand. tit. de cond. indeb. n. 13.

[8]) Commentar. ad L. 18. C. de usuris. §. III.

§. III.

Verba Legis XXVI. pr. §. 1. et 2. D. de Condictione indebiti.

Ait ULPIANUS: *Si non sortem quis, sed usuras indebitae soluit, repetere non poterit, si sortis debitae soluit; sed si supra legitimum modum soluit, D. Severus rescripsit, (quo iure utimur) repeti quidem non posse, sed sorti imputandum, et si poſtea sortem soluit, sortem, quasi indebitam repeti posse. Proinde etsi ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae, quasi sors indebita repetuntur. Quid? si simul soluerit? poterit dici, et tunc repetitionem locum habere. §. 1. Supra duplum autem usurae, et usurarum usurae nec in ſtipulatum deduci nec exigi possunt, et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae. §. 2. Si quis falso se sortem debere credens, usuras soluerit, poteſt condicere, nec videtur sciens indebitum soluisse.* Nonne, qui foenoris indebiti repetitionem, ut supra dixi, admittere nolunt, optime causam suam agere videntur, ad haecce legis verba provocantes? Quare, nisi hoc praesidium illis auferre potueris, actum erit de argumentis, ex sola aequitate desumtis. Non desunt quidem aliae leges [1]), quae usuras errore facti indebite solutas indiſtincte vel

repe-

repetendas, vel sorti imputandas esse, indicare videantur. Praestat tamen accuratius in verum nostrae legis sensum inquirere, utrum qui contrarium nihilominus defendunt, ULPIANUM vere consentientem habeant, an potius verba Jureconsulti aliam interpretationem admittant. Age, videamus.

1) L. 18. C. *de usuris.* L. 102. §. 3. D. *de solut.* (§. XXVII.)

§. IV.

Circa genuinam legis lectionem nonnulla notantur.

QUUM verus auctoris sensus indagari nequeat, si verba eius aliter iam exhibeantur, quam ab eo scripta sunt, primo omnium, recte monente ECKHARDO 1), iuris interpreti dispiciendum est, an integra et incorrupta, an vero minus recte posita, mendisque inquinata sint verba legis explicandae; qua de re et nos quoque prius oportet esse sollicitos, quam interpretationem ipsam adgrediamur. Licet enim in praestantioribus, Florentina nimirum et quae illam sequutae sunt, pandectarum editionibus verba ULPIANI sic, ut a nobis §. antec. adscripta sunt, disposita legantur,

non tamen desunt Jureconsulti magni nominis, vulgatam lectionem, hinc inde aliter se habentem [2]), praeferentes. Lubens quidem praetereö vocum diversitates, quibus mens ipsa auctoris haud mutatur; unica tamen est circa lectionem controversia, quam prorsus intactam relinquere nequeo. Quum codex Florentinus initium legis ita exhibet: „Si non sortem quis, sed usuras „indebitas soluit, repetere non poterit; *si sortis „debitae soluit*“; vulgata lectio, quam et *Haloander* hic probat, verbis postremis substituit: *si sorti debitas soluit.* Jdque praeter IOANNEM ROBERTUM AURELIUM [3]), SCHILTERO [4]) etiam nostro rectius visum. Ambo autem, utut de lectione ipsa inter se conveniant, sensum tamen verborum non una ratione explicant. Prior usuras sorti debitas vocare non dubitat, quas nullo modo, ac ne pacto quidem nudo debitor promiserit, hincque ULPIANUS *sorti* debitas dixerit, quoniam ob solum sortis usum naturalis ad remunerandum obligatio debitorem illis persolvendis adstringeret. SCHILTERUS e contrario sorti debitas idem esse, ac sorti proportionatas, i. e. quantitatem usurarum legitimam haud excedentes, contendit. Verum enim vero paullo curatius rem considerantibus statim adparebit, vulgatam hancce lectionem iure

meri-

meritoque a reliquis iureconsultis neglectam esse. ROBERTUM saltim ex ipsa, quam verbis subiicit, interpretatione refutare facillimum erit. Loquitur enim aperte Ulpianus de usuris *indebitis*. Quid autem, quaeso, tunc sibi vellent usurae indebitae, sorti *debitae*? Praeterea debitorem ad usuras praestandas, licet pacto illas non promiserit, nec moram contraxerit, naturaliter tamen ex ipso mutuo teneri, non aeque expeditum est, ac ROBERTUS aliique sibi persuadent. Tandem vero, quod magis adhuc est, pro sensu, quem ille verbis adfingit, vere non video; cur tunc sorti magis, quam personae deberi usuras dicere, hinc inconsueto, et parum abest, quin dicam incongruo loquendi genere uti maluisset ULPIANUS? Effugit quidem hasce difficultates altera, quam SCHILTERUS tentat, explicatio, neque fieri posse, ut, licet ipsa usurarum solutio indebita sit, quantitas tamen earum sortis proportionem minime excedat, quisquam facile dubitaverit. Nihilo tamen minus rationibus, quae pro lectione a nobis adoptata militant, probe perpensis, illam Accursianorum scripturae longe praeferendam invenies. Vix opus est, 1) ut auctoritatem, qua in pari etiam causa Florentinum exemplar reliquis antecellit, hic

advocemus; quamquam iudicium, quod hac de re tulit CORNELIUS VAN BYNCKERSHOECK 5), inter humaniores iam dudum obtinuit: *Lectio Hetrusca non tantum vincit in pari causa, sed quum defendi potest, etiam contra plurium librorum et hominum auctoritates.* Neque enim solum in praesenti bene defendenda est, verum etiam 2) exinde, quod verbis Ulpiani sequentibus optime congruat, novum quoddam, idque insigne accipit pondus. Initium facit NOSTER, ipsum thema quaestionis praemittendo, de solis nempe usuris indebite solutis sermonem sibi fore. *Non sortem*, ait, *quis, sed usuras indebitas soluit.* Hoc vero, quum duplici potissimum ratione accidere possit: 1) si pro sorte *debita* usurae nullo iure cogente solutae sint, 2) si ne sortem quidem debeat, qui usuras persoluit; utrumque casum probe quoque distinxit ULPIANUS. Ad priorem pertinet principium legis, ubi negat Jureconsultus repetitioni locum fieri, supra modum vero solutum sorti imputandum esse docet; id quod procedere numquam posset, nisi sors ipsa, in quam imputatio facienda, iure debeatur. Hisce absolutis in §pho secunda ad alteram pergit speciem, inque illa contrarium obtinere defendit: *si*, inquiens, *falso se sortem debere credens,*

usuras

usuras solvit, *poteſt condicere.* Nonne igitur aperte tenori legis conveniunt, quin perspicuitati admodum inserviunt verba in principio obvia: *si sortis debitae solverit*, quippe quae primum indicant casum, quem auctor ab altero, cuius in §pho 2. mentio fit, distincte seiungendum duxit. Quis ergo scripturam retinere haesitabit, quam integra legis noſtrae series praeferri *iubet.*

1) in Hermeneutica iuris, quae notis C. F. WALCHII V. C. illuſtrata denuo prodiit Lipsiae 1779. p. 38. 2) Corpus iuris glossatum, quod mihi iam ad manus eſt, et Venetiis an. 1606. apud Juntas VI. Tomis in 4to comparuit, integrum locum notatis simul in margine florentinae lectionis diversitatibus ita habet:

Idem (Ulpianus) lib. 6. 9. ad Edictum *). *Si non sortem quis, sed usuras indebitas soluit, repetere non poterit, si sorti debitas* **) *soluit. Sed si supra legitimum modum soluit, Divus Severus rescripsit, quo iure utimur, repeti quidem non posse, sed sorti*

*) Flor. lib. 26.

**) Flor. sortis debitae.

*imputandum, et si poſtea sortem soluit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde etsi sors ante soluta fuerit, usurae supra legitimum modum solutae, quasi sors indebita repetuntur. Quodsi *) simul soluerit poterit dici et tunc repetitionem locum habere. Supra duplum autem usurae **) nec in ſtipulatum deduci nec exigi possunt; sed ***) et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae. Si quis falso se sortem debere credens usuras solverit, poteſt condicere, nec videtur sciens indebitum soluisse.*

[3]) Lib. 2. Sentent. iur. cap. 16. p. m. 211.

[4]) in Praxi iuris romani Exercit. 24. §. 37.

[5]) Lib. I. Observation. iur. rom. Cap. 9. consentit *Joach. Hagemeier de auct. iur. civ. et can. cap. 4.* verbis: *Codex florentinus non immerito praefertur vulgatis exemplaribus, modo nil absurdi, iniqui, aut duri habeat, vel quod expressis textibus iuris, et rationi adversetur. Si vero tale quid ibi reperiatur, tum non facile ab antiquis editionibus recedendum eſt.*

§. V.

*) Flor. Quid? si

**) Flor. addit: et usurarum usurae.

***) Flor. deeſt: sed.

§. V.

Variae doctorum sententiae circa rationem et mentem legis nostrae propius considerantur. Et quidem 1mo Huberi explicationem veritati haud convenire paucis ostenditur.

NEGAT igitur ULPIANUS, usuras indebite solutas repeti posse, simulac sors ipsa indebita non sit. Excipiuntur tantum usurae modum legitimum superantes. Merito quaeritur, quae unquam ratio commovere ULPIANUM potuerit, ut creditorem, qui aliud quodcunque indebitum reddere simpliciter tenetur, a restitutione foenoris indebite percepti liberaverit. Senserunt difficultatem multi, an vero sustulerint, valde dubito. ULRICUS HUBERUS 1) aliter se extricare nesciens aequitati quidem naturali hanc legem minime convenire, sed unice *ex gentium more* sustinendam esse defendit, quippe quo usurarum exactio ita invaluisset, ut vix diligens reputaretur pater familias, qui notabilem sine usuris elocaret pecuniam —. Neque autem primo hunc morem ita indistincte regnare experientia compertum est, neque deinde leges ipsae pecuniam sine usuris creditam singulari praerogativa ornarent 2), si, ut HUBERO placuit, inter diligentes patres familias referri haud mererentur, pium illud praeceptum:

Mutuum date nil inde sperantes [3]), pia mente secuti [4]). Sed esto usurarum exactione nihil frequentius. Quid inde? Ad summum nil aliud, quam pecunia indigentem vix illam mutuo accepturum, nisi usuras creditori promittere velit. Sed cave concludas, debitorem eo ipso usuris etiam *non promissis* obnoxium fieri. Atqui de his in lege nostra sermonem esse, ipse HUBERUS fatetur, quare ex principiis ab illo adoptatis *quomodo* OBLIGATUS *debitor* dici queat, certe non video.

[1]) Prael. ad D. Lib. 12. tit. 6. n. 6. item in *Eunomia Romana*, opere posthumo ab auctoris filio ZACHARIA HUBERO Franequerae 1700. edito, p. 527. [2]) LEYSER Spec. 487. M. 4. STRUVIUS Exercit. 44. th. 56. n. 5. Generosiss. de BALTHASAR in collat. iur. comm. cum Saxon. etc. qua classificat. creditor. in concursu, Edit. 2da Gryph. 1767. p. 97. [3]) LUCAE VI. v. 34. [4]) Adsunt in iure nostro et aliae dispositiones, cum quibus HUBERI adsertum aegre concilies. cf. L. 20. D. de hered. pet. HELLFELD iurisprud. forens. Lib. V. Tit. III. §. 570. in fine.

§. VI.

§. VI.

Quid plerisque hac de re visum sit iureconsultis.

ALII alia via hic incedentes aequissimam ULPIANI sententiam esse defendunt; quoniam, licet nullas promiserit, neque moram contraxerit, naturalis tamen ad usuras exsolvendas debitori incumberet obligatio. Vere quoque hanc mentem ULPIANI fuisse, utut eandem, ceu supra iam praemonuimus, per omnia non probet, HUGO DONELLUS [1]) existimat; idem et *Ant.* FABER defendit, et BRUNNEMANNO [2]), et reliquis Iureconsultis §pho prima nominatis placuit. Sunt tamen inter hos, qui principiis suis non ubique, ut par est, inhaerent, sed viam semel coeptam hinc inde iterum relinquunt; id quod, antequam rem ipsam adgrediamur, paucis videndum erit. Sic SCHILTERUS alio loco [3]) diserte quidem contendit, usuras sorti proportionatas repeti plane non posse, quoniam naturalis ex ipso mutuo proveniens obligatio illas praestari iuberet, idem vero alio loco [4]) se ita explicare non dubitat, ius naturae non prohibere, neque praecipere, sed permittere tantum usuras —. Aeque minus LEYSERUM per omnia sibi constantem invenies. Ille quidem [5]) debitorem ipsum usuras indebite solutas ob naturale vinculum repetere posse negat,

orto autem concursu creditoribus hoc indistincte licere adserit [6]). Verum enim vero ut creditores alienationem a debitore factam impugnare queant, duplici tantum ex fundamento procedit. *Primo* iure revocandi, quod ipse debitor habuit, in illos translato; *secundo* proprio quodam iure ipsis creditoribus competente. *Prius* Leysero in mentem venire non potuit, quum quod debitori ipsi denegat ius repetendi, ex persona eius in creditores translatum esse defendere nequeat. *Posterius* autem quod attinet, creditores alienationem a debitore factam impugnare nequeunt, nisi aut concursu iam moto inutiliter plane suscepta, aut imminente saltim concursus iudicio in fraudem creditorum inita, hinc rescindenda sit [7]). *Illud* a specie, quam LEYSERUS refert, plane remotum adparet; *Hoc* vero de usuris indebite solutis non statim, nec indistincte dicendum, multo minus LEYSERO probandum fuisset, qui debitorem naturaliter ad usuras teneri, in meditatione praecedente adfirmare nondum dubitaverat [8]). Haec hactenus. Iam rem ipsam videamus.

1) HUGO DONELLUS *Comment.* ad L. 18. C. de usuris. 2) BRUNNEMANN *ad L.* 26. *D. de cond. indeb.* ANTONFABER in rational. ad L. cit. 26. pr. verb.: Qui beneficium ab aliquo accipit,

accipit, hoc ipso naturaliter obligatur ad *αντιδωρα* et ad remunerationem. Atqui beneficium nec leve accipit, qui gratuitam pecuniam nullis — promissis usuris accipit; ergo hoc ipso se obligat ad *αντιδωρα* naturaliter, ut proinde si usuras eius pecuniae ultro soluat, non possit eas repetere tamquam indebitas, quum naturaliter eas debuerit, illamque naturalem obligationem ea solutione agnovisse videatur. [3]) SCHILTERUS *Exercit.* 24. §. 37. [4]) *Exercit.* 23. §. 5. [5]) LEYSER *Spec.* 148. *m.* 6. [6]) *Spec. eod. med.* 8. Ego quidem hanc *Leyseri* thesin veram esse largior, sed argumenta, quibus utitur, ut illam cum priori adserto concordantem reddat, probare nequeo. Si enim meditatio sexta vera est, id, quod in octava proposuit, falsum esse oportet. [7]) ALBERTI PHIL. FRICKII *Libellus singularis de revocandis tam rebus alienatis quam nummis solutis imminenti aut moto concursus iudicio.* Helmstadii 1777. 4. [8]) Provocat quidem LEYSERUS ad L. 10. et 17. D. *de cond. indeb.* et L. 10. §. 12. *quae in fraud. creditor.* Sed verba in posteriori loco obuia: FRAUDATOR PRAESENS SOLVERIT, clare indicant, non indistincte, uti Leyserus de usuris adfirmat, creditoribus licere, id quod in diem debetur, ante diem vero solutum est, repetere, sed tum demum, si de *gratificatione* in fraudem eorum suscepta constet. FRICK l. c. §. 22.

§. VII.

§. VII.

Opinio eorum refellitur, quoniam naturalis, quam supponunt, obligatio ad summum esset imperfecta tantum.

EQUIDEM ab illorum philosophia longe alienum me esse profiteor, qui usuras ipso iure naturali vetitas esse defendunt [1]), quam sententiam suo adhuc aevo receptiorem vocat HUGO GROTIUS [2]), sed recte monenti GRONOVIO [3]): *Nullo iure sunt vetitae, si modestae sunt, et civiles, nisi forte canonico ex errore et mala interpretatione vocabuli nato, quasi usurae non sint, nisi immanes, et trucidantes*; lubenter subscribo. Rursus vero argumenta eorum, qui naturaliter *ex ipso mutuo* debitorem ad usuras teneri defendunt, non ita se habent, ut adsensum mihi extorqueant. Obligatio enim naturalis non datur, nisi ope sanae rationis ex rerum ideis cognoscenda. Facias ergo periculum, anne per demonstrationem tale vinculum ex sola mutui notione eruere queas. Admodum vereor, ne insigniter spem tuam eventus fefellerit. Simulac ab alio, ut mutuam tibi daret pecuniam, efflagitas, in arbitrio illius, desiderio tuo annuentis, positum est, utrum usuras exigere, an vero sine illis credendo officia hominis Christiani optime implere velit [4]). Fac illum posterius eligere, te vero sortem,

sortem, qua hucusque usus sis, ſtato die reſtituere; quïs, quaeso, ad usuras naturaliter te obligatum diceret? „Nonne autem, sic forte adversarii „inſtabunt, debitor perfecte tunc quidem ad usuras „non obligatus, e regulis tamen humanitatis creditori „ad remunerandum tenetur? Huc proprie pertinet, „de qua intelligi volumus, naturalis obligatio, quae, „utut imperfecta et per actionem haud urgenda, „impedit tamen, quominus datum vel solutum „condici queat.“ Sic POMPONIUS *L. 52. D. de condictione indebiti: Quum*, inquit, *ideo do, quoniam aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum eſt, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae cessat;* et PAULLUS L. 65. §. 2. D. eod.: *Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse.* Diſtinctius vero rem exprimit IULIANUS *L. 32. §. 2. ibid. Mulier*, inquiens, *si in ea opinione sit, ut pro dote obligatam se credat, quidquid dotis nomine dederit non repetit, sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non poteſt.* „Nonne ergo hisce „principiis optime convenit, quod ULPIANUS „scribit, usuras indebitas sortis debitae nullatenus

„repeti

„repeti posse? Quid igitur de ratione Legis XXVI. „D. de condictione indebiti amplius quaerendum, „quum vere iam in promtu sit? Sive enim sciens, „sive ignorans usuras indebite solveris, repetitione „tamen non gaudes, quoniam sublata falsa opinione, „supereſt adhuc pietatis causa, ex qua solutum repeti non poteſt.“ Videntur hae rationes, quibus Iureconsulti tantum non omnes maxima cum fiducia uti solent, ita comparatae, ut rem omnem fere conficiant, nec ullum circa sensum legis noſtrae dubium amplius relinquant. *Videntur*, sed *non sunt.* Pertinet omnino ad officia hominis, referre beneficiis gratiam, ideinque debitoribus pro sortis usu gratis concesso incumbere, eo certius eſt, quo magis pecuniam indigenti sine usuris credere, haud infimum inter beneficia obtinet locum. Placet, quod SENECA [5]) scribit: *Quis non ingratum deteſtetur hominem? Quid tam laudabile, quid tam aequaliter in omnium animos receptum, quam referre benemeritis gratiam.* Verum tota haec res aeſtimationem inire poteſt nullam; et quemadmodum beneficia an sint, vel non sint, ex singularibus demum, quae factum concomitantur, circumſtantiis diiudicandum eſt, ita quoque ratio et modus remunerationis nullam recipiunt determinationem. Optime haec omnia delineavit, quem modo addu-

adduximus, Seneca [6]): *Donavit aliquis magnam pecuniam sed dives, non sensurus impendium; donavit alius, sed toto patrimonio cessurus. Summa eadem eſt, beneficium non idem. Tempore quaedam magna fiunt non summa. Beneficium eſt donata possessio, cuius fertilitas laxare possit annonam. Beneficium eſt unus in fame panis. Beneficium eſt, donare regiones, per quas multa flumina et navigabilia decurrant; Beneficium eſt, arentibus siti, et vix spiritum per siccas fauces ducentibus fontem monſtrare. Quis inter se iſta comparabit? Quis expendet? Difficilis eſt sententia, quae non rem, sed vim rei, quaerit. Eadem licet sint aliter data, non idem pendent. Dedit mihi hic beneficium, sed non libenter; sed dedisse se queſtus eſt; superbius me, quam solebat, adspexit; etc. Horum quomodo quis aeſtimationem inibit, quum sermo, et dubitatio, et vultus meriti gratiam deſtruant.* Idem auctor de ipsa gratitudine sequens tulit iudicium [7]), *ut omnium aliarum virtutum, ita huius ad animum tota aeſtimatio redit. Dicitur gratus, qui aliquid pro eo, quod acceperat, reddit. Hic fortasse oſtentare se poteſt; habet quod iactet, quod proferat; dicitur gratus, qui bono animo beneficium accepit, bono debet.* Quum igitur hac in re nil certi definiendum sit,

sequi-

sequitur, debitorem pro sortis usu gratis concesso praecise ad usuras praestandas ex lege remunerationis obligatum vix dici posse. Sed quidquid sit, est tamen, ut ipsi adversarii largiuntur, et manet huiusmodi ad remunerandum obligatio e genere imperfectarum, quae *per se* repetitionem dati haud excludunt, hinc genuinam explicandae legis nostrae rationem minime suppeditant; id quod distinctius confestim patebit.

1) SELDENUS *de iure naturae VI. 9.* PESTEL *fons errorum de odio usurarum investigatus et obstructus.* Rintel. 1753.

2) HUGO GROTIUS de I. B. et P. Lib. II. C. 12. §. 20.

3) GRONOVIUS in notis ad GROTIUM l. c. vid. quoque PUFENDORF Lib. V. de iure naturae C. 7. §. 9. SALMASIUS de usuris C. 20. 21. et instar omnium GERHARDUS NOODT *in tr. de foenore et usuris* L. I. c. 4. Oper. omn. Colon. 1732. edit. Tom. I. p. 158. 4) *Subvenire*, inquit AMBROSIUS *de off. lib. 3. c. 3., non habenti humanitatis est, durissimum vero plus extorquere, quam dederis.* 5) LUC. ANN. SENECA *Lib. IV. de beneficiis Cap. 16.* Conf. *Anton* SCHULTING Diss. *de naturali obligatione* Cap. XI. Tom. I. Commentatt. academ. Halae 1770. p. 30. 6) *Lib. III. ib. cap. 6.* 7) Lib. IV. ib. cap. 21.

§. VIII.

§. VIII.

Quae tamen sola repetitionem indebiti non impedit. Explicantur LL. 52. 65. ff. 2. et 32, ff. 2. D. de cond. indeb.

LICET, qui beneficium alteri dedit, actionem ad remunerandum non habeat, nec quod huic aliunde debet, compensare, vel caeteroquin exceptione, aut retentione uti possit, minime tamen, *quod remunerandi animo* datum, sive solutum est, condici poterit [1]). Rationem doctores in eo collocare solent, quoniam naturalis, quae hic adsit, obligatio, repetitionem impediat [2]). Iure autem meritoque hanc rationem improbat SAM. DE COCCEII [3]), *non*, inquiens, *quia debitum naturale fuit, sed quia donatio est. Retinet ergo, qui accepit, non quia ante debitum fuit natura, sed quia nunc donatum, non ex causa solutioni praecedente, sed ex ipsa solutione, quae hic donatio est.* Nullibi enim officiis imperfectis *qua talibus* generatim hunc effectum tribuerunt leges civiles [4]). Quodsi igitur tu putes, te debere donatori tuo ex mutuo, et ex hoc errore soluas, poteris omnino illud tamquam indebite solutum repetere, nec donatori licebit, praetextu remunerationis naturaliter sibi debitae, id retinere [5]), quod vero tunc, si debito naturali in se haec vis inesset,

ut repetitionem excluderet, secus se haberet [6]); unde aperte sequitur, solam obligationem imperfectam, quominus datum repeti possit, haud impedire, sed genuinam rationem ex animo donandi et ex liberalitate petendam esse, qua nempe qui semel usus est, factum proprium impugnare, et ad iura in alterum iam translata regressum sibi quaerere, frustra intendit [7]). Hoc quoque ex ipsis legibus, ad quas adversarii provocare solent, clare euincendum erit. Quod enim POMPONIUS [8]) ait: *Quum ideo do, quoniam aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae cessat;* quid aliud sibi vult, quam quod ipsa dantis obligatio ne in quaestionem quidem hic veniat, quum is, qui falso putat se beneficium a te accepisse, reapse haud tibi obstrictus sit. At vero nihilo tamen minus repetitione non gaudet. Accipe probationem ab ipso, quem altera pars itidem pro se allegare non dubitat, PAULLO in supra citata Lege LXV. §. II. D. de condict. ind. verbis: QUIA DONARE VOLUI, *quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse* [9]). Videsne, quam male causam suam agant, qui rationem, cur datorum ex humanitate nulla condictio sit, in ipsa obligatione naturali collocantes, sententiam suam ex legibus probare

nituntur,

nituntur, quae casum perfectae pariter ac imperfectae obligationis *plane deficientis* supponunt. Restat igitur ultima Lex §pho antecedente nobis opposita 10), ubi IULIANUS dotem indebite datam repeti posse negat, *ob remanentem pietatis causam.* Verum ante omnia 1) notari meretur, id quod in favorem dotis, quem magnum in iure esse, nemo ignorat, forte statutum sit, ultra casum expressum non facile extendi posse 11). 2) IULIANUS repetitionem excludit, ob remanentem, ut ait, *pietatis* causam. Sed quis non videt, dotis dationi indistincte hanc causam non ita inesse, ut quicunque perfecte obligatum se putans, quum tamen non sit, dotem dederit, datam repetere nequeat; e contrario multum potius interesse, quisnam sit, qui dederit, qualisve illum inter, et accipientem intercedat relatio? Utrum dos a parentibus proficiscatur: an vero ab extraneo, de quo idem dicendum, quod PAULLUS L. XII. §. III. D. *de administr. et peric. tutor.* notanter scribit: *Etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio est.* Operae igitur pretium erit, ut 3) in personam dantis, quem a condictione removet IULIANUS, paullo curatius inquiramus. Ait quidem: *Si mulier in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam,* nec expresse addit, utrum personam extraneam,

an cognationis nexu coniunctam intelligat. Tota autem lege inspecta posterius vero videtur similius. Consentit nobiscum SAM. *de* COCCEII [12]), *Putare*, inquiens, *pro dote se obligatam mulier non potest, nisi sit mater aut auia.* Evidentior adhuc mihi videtur, quam IULIANUS ipse nobis suppeditat, ratio. *Sublata enim*, ita pergit, *falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.* Datam igitur dotem a tali persona supponit, in qua cessante etiam necessitate perfecta, causa tamen pietatis semper adhuc superest, id quod de personis quidem arctissimo sanguinis vinculo iunctis valet, *Pietas* enim, fatente CICERONE [13]), *est per quam sanguine coniunctis officium, et diligens attribuitur cultus*, neque tamen de extraneis idem ubique adfirmandum. Hi ergo si dotem ex errore dederint, repetitionem minime cessare ex Leg. IX. §. 1. *D. de condict. caus. data* verbis: *adversus mulierem condictio ei competit*, haud obscure adparet. Argumentis pro sententia nostra, quod obligatio naturalis imperfecta sola condictionem regulariter non impediat, hactenus prolatis, unicum addere liceat. Quodsi leges indistincte hunc effectum eiusmodi officiis tribuerent, re vera tunc eveniret, ut certo modo ad remunerandum invitus cogeretur, quod tamen

natura

natura huius virtutis vix admittit. Verissimum est ab ANNAEO scriptum [14]): *Si appello, si ad iudicem voco, incipit non beneficium esse, sed creditum. Quam res honestissima sit, gratiam referre, desinit esse honesta, si necessaria est. Non est gloriosa res, gratum esse, nisi tutum sit ingratum fuisse. Adiice, quod huic uni legi omnia fora vix sufficerent.* Sed quorsum haec omnia? Ut omni tandem dubio careat, obligationem, ut aiunt, ad remunerandum, repetitionem usurarum haud excludere, hinc rationem, cur ULPIANUS condictionem illarum denegaverit, in tali obligatione non esse quaerendam.

[1]) HENRICUS *de* COCCEII *Diss. de Antidoris, quae extat in eius Exercit. curios. Lemgoviae 1722 iunctim editis Vol. 2.* [2]) HUGO GROTIUS I. B et P. Lib. 2. c. 14. n. 6. I. A. HELLFELD iurispr. forens. §. 829. [3]) SAM. DE COCCEII *in iure controverso L. 12. Tit. 6. Qu. 5.* [4]) I. B. WERNHER *de auctoritate iuris civilis circa obligationem naturalem.* Vitemb. 1701. §. 9. CHR. HENR. BREUNING *de civili obligatione et actione ex praeceptis humanitatis.* Lips. 1768. [5]) HENR. *de* COCCEII in cit. Dissert. tit. 3. §. 9. TREUTLER *Vol. I. Disp.* 22.

ibique BACHOV. *Sam. de* COCCEII in iure controv. l. c. [6]) L. 6. D. de compensat. HENRICUS ZOESIUS in Comment. ad Pandectas L. XII. Tit. 6. n. 6. et 7. Natura debiti, sive iuris sive facti ignorantia soluti, nullam esse repetitionem, ex legibus, earumque argumentis, praeter ZOESIUM c. l. clare quoque demonstratum dedit IO. ROBERTUS AURELIUS *Lib. I. Sentent. iur. Cap. VI.* Et quamvis ad facti errorem quod attinet, Glossa, et alii ad L. 10. C. de iur. et facti ignor. dissentiant, horum tamen argumentis satisfecit BACHOV de action. D. IV. th. 16. [7]) L. 1. §. 1. L. 50. D. de cond. indeb. IAC. CUIACIUS Lib. XVIII. Observat. Cap. 14. [8]) L. 52. D. de condict. indeb. [9]) Quum vero is demum, qui animo donandi, aut liberalitatem exercendi dederit, repetitione careat, pro tali profecto non erit habendus, quem adversarii a condictione pariter excludunt, usuras ex errore indebitas solvens. Huius enim nulla, hinc nec donandi voluntas est. [10]) L. 32. §. 2. *D. de cond. indeb.* [11]) *Cap. 28. X. de Reg. iur. in 6to.* [12]) SAM. DE COCCEII in iur. controv. Lib. 12. Tit. 6. qu. 5. Consentit quoque ANT. SCHULTINGIUS Dissert. cit. Cap. 7. pag. 18. in fin. [13]) M. T. CICERO *Lib. II. de Inventione Cap. 53.* [14]) SENECA *Lib. III. de benef. Cap. 7.*

§. VIIII.

§. VIIII.

Quid de sententia eorum tenendum sit, qui legem noſtram de usuris pacto nudo promissis intelligi volunt.

CLARA eſt Conſtitutio Imperatorum SEVERI, et ANTONINI [1]), ita se habens: *Quamvis usurae foenebris pecuniae citra vinculum ſtipulationis peti non possint, tamen ex pacti conventione solutae neque ut indebitae repetuntur, neque in sortem accepto ferendae sunt.* Quae quum ita sint, omnem circa sensum legis noſtrae difficultatem feliciter tolli aliis visum, si quas repeti posse ULPIANUS negat usuras, pacto nudo promissas subintelligamus. Placet haec interpretatio inter veteres FRANCISCO ACCURSIO [2]), e novioribus vero REINHARDO BACHOVIO [3]) nec non MATHAEO WESENBECCIO [4]). Principia iuris huic sententiae non obſtant, modo illam admitteret verborum textus noſtri series, eorumque proprietas. Verum enim vero ut taceam 1) in integra lege ne vocem quidem pacti nudi occurrere, hinc tamdiu, ac fieri possit, ab eiusmodi additionibus interpreti abſtinendum esse; adsunt et aliae rationes, clare demonſtrantes, ULPIANI verba de usuris pacto nudo promissis commode accipi non posse. Quis enim 2) nescit, tali pacto naturalem inesse

obligationem, omni effectu civili, sola actione excepta, munitam [5]), id vero, quod ita naturaliter debetur, in materia condictionum indebiti nomine non venire. Constat nimirum inter omnes, quando de repetitione soluti sermo est, Iureconsultis id demum indebitum vocari, quod neque naturali, neque civili iure debetur [6]). Quodsi igitur usuras pacto nudo promissas, hinc naturaliter perfecte debitas intellexisset Ulpianus, procul dubio illas in classem *indebitarum* minime retulisset, scribens: *si non sortem quis sed usuras* INDEBITAS *soluit.* Ne autem priscis dissentientibus hic quidquam dixisse videar, antestor TRYPHONINUM, disertis verbis ita docentem: *Debiti, et indebiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est* [7]). At video, te contrahere frontem, et obiicere nobis ipsa ULPIANI verba, in L. 5. §. 2. D. de solut. obvia: *quum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit; si sint usurae debitae, et aliae indebitae, quod soluitur in usuras, ad utramque causam usurarum tam debitarum, quam indebitarum pertinere; puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur.* Nonne, ais, ULPIANUS in censum indebitarum manifeste hic refert pacto nudo promissas? Nonne igitur ACCURSIO, BACHOVIO et WESEN-

BECCIO

BECCIO omnino hic accedendum, licet ipsi hoc argumento usi non sint? Verum, ut ingenue fatear, nullus pertimesco dubium adlatum. Minime enim in citata L. 5. de repetitione soluti, neque de condictione indebiti sermo est; quum igitur dixi, in hac materia indebiti nomine non venire, quod natura debetur, frustra legem de re plane alia loquentem mihi opponis. Deinde ULPIANUS bene sciens, significatum, quem in lege citata indebitis usuris tribuit, ab usu loquendi recedere, statim explicationem verbo subiungere maluit: *Puta*, inquiens, *quaedam ex pacto naturaliter debebantur.* Sed in lege nostra generatim loquitur, unde consuetam verbi notionem omnino hic retinere oportet, id quod si mihi credere nolis, credes tamen ULPIANO ipsi, verborum suorum optimo sane interpreti. Ait ille, et quidem, quod 3) probe notes velim, in ipsa *L. XXVI. §. 3. D. de cond. ind. Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino non debeatur, sed si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit.* Neutrum vero dicendum, si ab eo, qui ex pacto nudo tenetur, solutio sit facta. Tantum enim abest, *ut omnino non debeat*, ut potius naturalis illi vere incumbat obligatio; et quamvis creditorem agen-

tem *exceptione repellere* possit, haecce tamen exceptio iis accensenda non venit, quae, ut iterum ipsis NOSTRI verbis utar [8]), *condictionem pariunt*, i. e. quibus muniti solutum quoque repetere possunt [9]). Putasne ULPIANUM de usuris indebitis exponentem, significatum *indebiti* unquam ita, ac fecit, delineaturum fuisse, si nil aliud nisi usuras pacto nudo promissas hic intelligi voluisset? Missa igitur et hacce legis noſtrae explicatione, quartam videamus Iureconsulto magni itidem nominis accepto ferendam.

[1]) L. 3. C. de usuris. PAULLUS L. II. Sentent. tit. 14. [2]) FRANC. ACCURSIUS ad L. 26. D. de cond. indeb. [3]) REINHARD. BACHOV. ad TREUTLERUM Vol. I. Diss. 22. th. 6. [4]) MATT. WESENBECCIUS paratitl. pand. Lib. XII. Tit. VI. n. 6. [5]) I. O. WESTENBERG Diss. 1. de causis obligationum §. 22. sequ. [6]) L. 38. L. 60. 64. et 65. §. 9. D. de cond. indeb. HELLFELD iurispr. forens. §. 828. WESTENBERG Princ. iur. secund. ord. Digeſt. Lib. 12. tit. 6. §. 1. 8. 9. seq. IAC. VOORDA Lib. I. interpret. et emend. Cap. 6. *Quoniam*, sunt verba GUIL. MARANI *in Parat. ad D. Lib. XII. Tit. 6. haec condictio naturali aequitate nititur, ideoque naturalis esse dicitur, indebitum id demum intelligimus, quod nec natura quidem debeatur.* [7]) L. 64. D. de cond. indeb. [8]) L. 26. §. 7. eod. [9]) Vid. hic omnino GOTTL. GERH. TITIUS L. V. *Iuris privati* C. XVII. §. 14. §. X.

§. X.

Coniectura Gerhardi Noodt.

CERTI iuris est, ea, quae poenae nomine soluta sunt, frustra repeti [1]). Licet enim errans ita dederit, pro transigente tamen merito habetur, quippe qui, quum error illius voluntarius sit [2]), condictione non gaudet. Quemadmodum vero inter caetera, quae moram ex parte debitoris commissam sequi solent, incommoda praeprimis quoque notanda venit obligatio ad usuras praestandas [3]), ita nil obstat, quominus, quod de poenis semel depensis generatim valet, de usuris quoque punitoriis recte dicatur. Quid ergo sibi voluerit ULPIANUS usuras utut indebite solutas repeti posse negans, ulteriori disquisitione vix indigere putavit GERHARDUS NOODT [4]), brevissime rem ita explicans: *Ipsas usuras quasi indebitas repeti non voluit Ulpianus, forte quia usurae ex mora debitae ad instar poenae habentur, quae postquam depensa est, non repetitur.* L. 42. D. de cond. indeb.

[1]) L. 35. et 42. D. de condict. ind. L. 4. C. eod. L. 22. D. de pignerat. act. L. 46. D. de reg. iur. [2]) HELLFELD iurisprud. forens. §. 348. Cap. I. X. de transact. [3]) L. 3. pr. L. 14. L. 38. pr. D. de usuris. [4]) GERHARD. NOODT Lib. II. de foenore et usuris cap. 13. in oper. omn. Tom. I. p. 200.

§. XI.

§. XI.

Cui adsentit quoque Schultingius.

COMPROBAT hancce coniectnram et novis quibusdam argumentis illam ampliat ANTONIUS SCHULTINGIUS [1]), NOODTIO, ut constat, deditissimus. *Usurae*, inquit, *praestantur quasi poenae morae, quod etiam de iis, quae ex stipulatu debentur, dicitur. L. 40. D. de rebus creditis. Quae autem quis poenae nomine dedit, non repetuntur, ut existimat Vir consultissimus Gerhardus Noodt.* Erat, si iucundiora quaedam hic inferere licet, duobus hisce iureconsultis hoc ita solemne, ut mutua veneratione se invicem publice prosequerentur. Hinc quoque GERHARDUS NOODT, ne ingratum se gerat, adsensum amici sic effert [2]): *Bonum factum Antonii Schultingii viri praestabilis, cognati, collegae, et amici mei, notis ad Paullum et Lipsio et mihi sua suffragatione non ita pridem adplaudentis.* Captavit *bonum factum* CORNELIUS VAN BYNCKERSHOECK [3]), *scriptor*, ut PLINII verbis utar, *ingeniosus, et qui plurimum in scribendo et salis habet, et fellis* [4]), Noodtium sic alloquens: *Laudas clarissimum Schultingium, quod te laudarit, et bis sententiae tuae adplauserit. Bonum factum! Ego Schultingio tantum tribuo,*

quantum

quantum quisquam alius, idque publice et privatim saepe fui teſtatus, sed ex doctissimo eius libro de recusatione iudicis possem adferre causas, ob quas nolim eum inter nos sedere iudicem [5]), *nec cuiquam alii auctor sim, ubi res tua vertitur, ut in eum arbitrum compromittat.* Ferendae adhuc essent eruditorum controversiae, si hisce limitibus se continerent, quanto autem alii fuerint, immo nunc sint inficetiores, neminem in hiſtoria litteraria paullo versatum latebit. Sed ad rem redeamus.

[1]) ANT. SCHULTING in not. ad Iul. Paulli Sentent. lib. 2. tit. 14. not. 8. vid. eius iurisprudent. anteiuſtinianeam Edit. Ayrerian. p. 288. [2]) GERHARDUS NOODT *in amica responsione ad difficultates Iulio Paullo motas a Cornel. van Bynckershoeck.* Oper. omn. T. 1. p. 515. in fin. [3]) CORNEL. VAN BYNCKERSHOECK curae secundae de iure occidendi et exponendi liberos apud veteres Romanos in opusc. Eius minorib. cum praefat. CONRADI editis Halae 1729. Tom. 2. p. 319. [4]) PLINIUS L. III. Epiſt. 21. [5]) Forte tales causas, quas videre licet apud MEVIUM P. 2. Dec. 77.

§. XII.

§. XII.

Suis non caret difficultatibus.

NEQUE tamen desunt rationes, quibus probe perspectis coniecturam GERHARDI NOODTII minus probabilem invenies. Primo enim non omnes usuras in poenam solui, sed hoc demum de illis, quae ob moram praestantur, valere, certissimum est, ac ipse, contra quem disputamus, auctor et loco citato, et alibi [1]) ingenue fatetur. Hinc ratio, cur usurae indebitae repeti non possint, haud unice, nec indistincte in poena poterit collocari. Iam vero ULPIANUS in tota lege nostra neque morae, neque poenae ullam fecit mentionem, immo de usuris indebitis generatim loquitur, unde aperte sequitur, interpretis non esse, verba auctoris generalia, ad unam tantum usurarum speciem detorquere, sed ante omnia illum ad id animum intendere debere, anne ex ipsa lege, et iuris analogia ratio quaedam generalis erui queat, usuris quibuslibet, nec unice punitoriis solum accommodanda. Quod quum *tertio* perquam facile fieri posse, ex infra dicendis abunde constabit: iure meritoque negligenda venit interpretatio, a sensu verborum, quibus auctor legis uti maluit, haud parum aliena [2]).

[1]) Lib. I. de foenore et usuris c. 2.

[2]) Vidit

2) Vidit haec omnia procul dubio SCHULTINGIUS, unde non solum ex mora, sed ex ſtipulatu etiam usuras poenae nomine solui adfirmat. Verum, quid de hocce additamento, pro tuenda amici sententia facto, tenendum sit, prima ſtatim Legis 40. D. de rebus creditis, quam ipse adduxit, inspectio optime demonſtrat. Occurrit ibi quidem usurarum poenae nomine facta promissio, sed casus, in quem haec ſtipulatio directa eſt: *Si die scripta solutio non fieret*, aperte moram indicat, citra quam re vera quoque pecunia pro sortis usu solvenda characterem poenae non induit. *Cap.* XXIII. X. de regul. iur. 6to.

§. XIII.

Pro indagando vero legis sensu quaedam praemonentur.

TRIA potissimum sunt, quae fundamentum condictionis indebiti ingrediuntur. *Primo*, id quod solutum eſt vere indebitum esse, hinc neque naturali 1), neque civili 2) iure deberi oportet. *Secundo*, ut eiusmodi indebitum tamquam debitum ab errante 3) solutum sit, requiritur. *Tertio*, hac actione proprie is tantum tenetur, qui ex sua parte itidem in errore versatus 4), non debitum bona fide accepit. Hisce positis condictio indebiti eum in finem recte inſtituitur, ut reus acceptum,

qua-

quatenus locupletior inde exiſtit [5]), reſtituere cogatur [6]). Uno autem alterove deficiente *haec actio* non competit, licet fieri possit, ut alia adhuc supersint remedia, quibus nullo iure cogente datum pariter repeti queat. Eſt vero quam plurimis hoc vitium causas in foro perorantibus, ut aut certi cuiusdam remedii vim iuſto latius extendant, aut una, quam forte memoria tenent, actione cessante, omne ſtatim agendi ius misero clienti deficere credant. Haec observatio, quam experientia quotidiana confirmat, litem de repetendis usuris indebite solutis agitatam haud parum illuſtrabit.

[1]) L. 10. 13. 19. 38. 40. D. *de condict. ind.* L. 9. §. 4. 5. D. ad S. C. Maced. L. 3. C. *de usuris.* [2]) §. 7. I. *de obligat. quae quasi ex contract. nasc.* L. 4. C. de cond. indeb. I. N. HERTII Diss. *de condict. indeb. civiliter, debiti naturaliter*, Giessae 1690. [3]) L. 9. pr. C. de cond. ind. L. 53. D. de reg. iur. C. F. HOMMEL Rhapsod. quaeſt. Observ. 219. [4]) L. 18. D. de cond. furt. STRUV. Exercit. ad Pandect. XVIII. §. 41. ibique MÜLLERUS in notis. BOEHMER *doctrina de action.* Sect. 2. cap. 5. §. 28. HOMMEL Obs. 28. [5]) L. 3. et 65. §. 8. D. *de cond. ind.* [6]) L. 7. 19. eod. L. 25. D. *de praescript. verb.*

§. XIV.

§. XIV.

Scienter indebitum solvens in regula quidem repetitione non gaudet; dantur tamen casus, ubi contrarium merito obtinet.

ET Imperatorum constitutionibus, et prudentum responsis plus una vice sancitum legimus et traditum, rem indebite solutam tum demum repeti posse, si ab errante data sit, scienter vero praestitae nullam esse condictionem [1]). Ratio in promtu est. Qui enim scit, se non teneri, nihiloque tamen minus soluit, is merito pro renunciante iurium suorum habetur; immo donantis instar rem semel in alium translatam revocare frustra intendit. Cuius per errorem dati repetitio est, eius fatente PAULLO L. 53. de reg. iur. consulto dati donatio est. Quam firma autem stet haec regula, non desunt tamen casus, ubi officium ista perdit suum. Exceptiones huc pertinentes propius considerare, e re nostra erit.

[1]) vid. §. praeced.

§. XV.

Quorum potiores enumerantur.

RATIO, cur qui sciens indebitum soluit, repetendi facultate careat, in eo consistit, quoniam pro remittente et donante habetur, quorum neuter

ad iura, quibus semel se abdicavit, iuſte sibi quaerit regressum. Simulac vero haec ratio cessat, tunc ipsam quoque cessare necesse eſt dispositionem. Fallor inde, aut regula fallit primo, *si persona, quae sciens indebitum soluit, facultatem donandi non habet* [1]). Huc pertinent 1) pupilli [2]), 2) minores curatorem habentes [3]), 3) prodigi civiliter tales [4]). Quum enim huiusmodi personis ius de rebus suis disponendi legibus ademtum eſt noſtris, irrita multo magis esse debet donatio ab iisdem inita. Inde eſt, quod ULPIANUS ait [5]): *Interdum persona locum facit repetitioni, ut puta, si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum eſt, soluerit: Nam in his personis* GENERALITER *repetitioni locum esse non ambigitur* —. Secundo, *si ex circumſtantiis, solutionem concomitantibus clare apparet, donandi animum in solvente plane defuisse.* Hinc sciens licet indebitum praeſtiterit, fieri tamen poteſt, ut iuſte repetat, 4) qui in processu executivo condemnatus ad pecuniam solvendam fuit, et soluit [6]), id quod multo minus denegandum erit illi, qui 5) solvendo proteſtatus eſt, se non esse donaturum; interpositae enim proteſtationis eam esse vim, ut imminens praeiudicium avertat, iuraque noſtra conseruet, notissimi iuris eſt [7]).

Tertio

Tertio, *si is qui sciens quod non debebat ſolvit, accipientem ex alio capite ad indemnitatem sibi praeſtandam compellere poteſt.* Sunt enim renunciationes iuris ſtrictissimi, nec ab una re ad alteram detorquendae; indeque in dubio contra eas potius, quam pro illis iudicandum [8]). Accidit, si forte exemplo rem illuſtrari desideres, interdum, ut is, qui rem alienam vendidit et tradidit, poſtea dominus factus, vel ipse rem vindicare conetur, vel eius heredes emtori hanc litem moveant. Fac ergo 6) emtorem exceptione rei venditae et traditae scienter non uti, sed rem vindicanti cedere. Nonne tunc adhuc ad evictionem sibi praeſtandam contra ipsum euincentem, eiusve heredes agere poterit? Decidit quaeſtionem ipse ULPIANUS L. XVII. D. *de evictionibus* ita, ut interprete indigeat nullo. *Vindicantem*, ait, *venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse submoveri nemini dubium eſt: quamvis alio iure dominium quaesierit: Improbe enim rem a se diſtractam evincere conatur. Eligere autem emtor poteſt, utrum rem velit retinere, intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata ex causa ſtipulationis duplum consequi.* Quarto, *Si Leges* ipsae repetitionem eius, quod contra ius datum acceptumve eſt, indulgent, sive sciens quis sive, ignarus solue-

rit. Equidem *regula* iuris noſtri non patitur, ut quod ex negotio prohibito datum vel praeſtitum eſt, condici queat, quum uterque, et dans et accipiens, contra leges peccaverit [9]). Attamen exceptiones non desunt. Sic 7) pecunia fortunae ludo perdita [10]), 8) illicitum foenus recte condicitur, et quin is quoque, qui sciens indebitum tale persoluerit, nihilo tamen minus repetere illud possit, omni dubio caret [11]). Neque dici tunc poteſt, validam contra leges prohibitivas intervenisse dotionem [12]).

[1]) ZASIUS ad L. 1. D. de condict. ind. STRYCK Lib. XII. Usus modern. Tit. 6. §. 8.; et quem consentientem excitat CLUDIUS de condict. ind. cap. V. n. 29. HELLFELD in iurisprud. forensi §. 834.

[2]) §. 2. I. Quibus alien. lic. vel non, verbis: *quia id quod soluunt, non fit accipientis. etc.*

[3]) L. 3. C. *de in integrum reſtitut.* verbis: *quum* non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore bonis interdictum eſt. [4]) *L. 6. D. de Verb. Obl.* L. 40. D. *de reg. iur.* verbis: *Eius, cui bonis interdictum eſt, nulla voluntas eſt.* [5]) L. 29. D. *de condict. indebiti* [6]) RIVINUS *in enunciat. iur.* tit. 6. n. 6. WERNHER P. I. obſerv.

observ. 240. Contrarium obtinere, si in summario sit condemnatus, defendunt, RIVINUS l. c. Tit. 6. n. 7. WERNHER c. l. n. 6. vid. HOMMEL in *Rhapsod. quaest.* Observ. 397. [7]) L. 14. §. 8. D. *de religios. et sumt. fun.* L. 8. §. 6. D. *de novi oper. nunc.* *L. 20. de adquir. vel omitt. hered.* *L. 11. §. 1. L. fin. D. quib. modis pign. vel hypoth. solv.* [8]) L. 21. C. ad S. C. Velleian. GAIL L. II. Observ. 148. [9]) Vid. Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, und deren gerichtlichen Wirkung §. 75. ꝛc. [10]) L. 3. C. de aleatoribus. [11]) L. 26. §. 1. L. 27. 28. C. de usuris. cit. L. 3. C. de *aleatorib.* BRUNNEMANN ad L. 1. D. de condict. indebiti. HERTIUS Responso 401. n. 8. SANDE Lib. 3. Decis. Tit. 14. def. 7. LUDOVICI *doctrina pandectarum* Lib. XII. Tit. 6. §. 11. MÜLLER apud STRUVIUM Exerc. XVIII. th. 31. GOTTL. GERH. TITIUS Lib. V. *Iuris privati* Cap. XVII. §. 20. sequ. Illustr. WALCH Diss. de usurar. prav. sub palliata transact. Ien. 1773. p. 18. 19. [12]) Causam probat L. 5. C. de Leg. verbis: Si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum et inutile esse praecipimus. L. 38. D. de pactis ibi: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest.* Duplici sensu distinctio iuris in publicum et privatum apud veteres occurrit, primo respectu obiecti, deinde quoad causam efficientem. Ibi

publicum ius definiente ULPIANO L. I. §. 2. D. de iust. et iure est, *quod ad statum rei romanae spectat, quodque in sacris sacerdotibus et magistratibus consistit; privatum, quod ad singulorum spectat utilitatem.* Verum in altera relatione publicum vocatur, quod auctoritate publica constitutum est; privatum, quod pactis privatorum et ultimis voluntatibus iunititur. Unde CICERO *de partit. orat.* cap 37. *scriptorum*, inquit, *privatum aliud est, publicum aliud. Publicum, lex, Senatusconsultum, foedus. Privatum, tabulae, pactum conventum, stipulatio.* Quousque autem in hoc sensu privatum ius valore et effectu gaudeat, optime explicatum dedit PAPINIANUS cit. L. 38. D. de pactis: *ius publicum*, inquiens, *privatorum pactis mutari non potest.* Quae quum ita se habeant, *Franciscus Aloysius Zeiller*, Iurecons. Vindobonensis, *praelect. academic. in Heineccii elem. iur. civ. sec. ord. inst.* Viennae 1781. p. 20. rem acu tetigisse non videtur, in citato CICERONIS loco exempla publici et privati iuris ab ULPIANO L. 1. §. 2. *de inst. et iure* definiti quaerens; quum tamen TULLIUS ad causam efficientem, DOMITIUS vero noster ad obiectum respiciat; quippe quod ZEILLERUM eo minus latere debuisset, quum ipse deinde l. c. diversam quandam huius distinctionis relationem quoad fontem scilicet atque obiectum obvenire fateatur.

§. XVI.

§. XVI.

Quanam actione experiri debeat, indebitum, quod sciens se non teneri praestitit, repetiturus.

Cum illis in praesenti res mihi non est, qui genuinam cuiuslibet remedii indolem probe noscere, ita superfluum ducunt, ut de genere actionis instituendae quaerentem alto supercilio rideant, sufficere putantes, si implorationem officii iudicis, sive ad summum actionem in factum a se institutam esse dicant. Ex cordatioribus nemini dubium fore arbitror, quin cuiuslibet actionis speciale quoddam sit fundamentum, certus actor et reus, certum denique petitum [1]). Quare quum supra vidimus, fieri posse, ut indebitum scienter solutum iuste repetatur, iam curae nobis cordique sit, inquirere, quanam actione in tali casu experiundum sit. Quidni, ais, ipsa condictio indebiti tunc quoque locum inveniat? Erras, si hoc tibi persuades, et profecto unum alterumve ex his, quae apud Ciceronem leguntur [2]): *Plus petisti, sero petisti, non fuit tua petitio, non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc iudicio*, ita agenti obstabit [3]). Sunt, qui ad generale illud remedium, quod sub nomine condictionis ex lege innotuit, interdum hic confugiendum esse defendunt. Sic

v. g. pecuniam ludo perditam repetere volenti condictionem ex L. 3. C. de aleatoribus commendant [4]). Verum, si dicendum, quod res est, minus adcurate. Condictio enim ex lege, optime explicante PAULLO [5]), tum demum intrat, *si lege nova obligatio introducta sit, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur.* Quum igitur in dicta L. 3. C. de aleator. expresse cautum legitur, *et competentibus actionibus repetatur*, remedio isto minime opus esse videtur [6]). Quaenam ergo actio competens? Notissimum est, dominia rerum ab uno in alium non transire, nisi iustus adsit titulus, et legitimus adquirendi modus. Fac inde traditionem aut ab eo, qui facultate dominium transferendi caret, aut ex causa legibus reprobata subsecutam esse; in neutro casu rem accipientis fieri, constat [7]). Quotiescunque igitur tale quid in speciebus §. ant. commemoratis adparet, toties vindicationibus, ut et ad exhibendum actioni locum esse, nemini dubium erit [8]). Generatim denique is, qui sciens indebitum soluit, quem vero pro donante, et ius suum remittente haberi fas non est, *condictionem sine causa* propitio iure movebit [9]). *Quod enim*, sunt verba GAII [10]), *ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex iniusta causa retineri intel-*

intelligitur, ex quibus causis condictio nasci solet. Scimus quoque hanc condictionem potissimum eiusmodi casibus esse adcommodatam, in quibus, licet aequissimum sit, accepta ut restituantur, reliquae tamen condictionum species commode instituti nequeunt. Egregie haec omnia illustrabit quaestio a PAPINIANO [11]) eleganter ventilata: *Avunculo*, inquit, *nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit; an eandem repetere possit? quaesitum est. Dixi, cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem* (ob turpem causam) *et in delicto pari potiorem esse possessorem; quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. Sed recte defendi, non tam turpem causam in proposito quam nullam fuisse. Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit neque nupsit; cessare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur, atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit: condictio igitur competit.* Comparent hic iterum personae, quae dederunt alteri quid, quod dare se non oportere ipso, ut Noster ait, gentium iure, cuius ignorantiam nec feminis allegare licet [12]), bene cognitum habebant, neque tamen repetitio denegatur

iisdem, quamvis, si dicendum quod res est, hoc iure ex facto suo illicito dignae haud esse videantur.

1) I. L. SCHMIDT V. C. in Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden Edit. 2. §. 12. 2) CICERO de partit. orator. C. 28. 3) Est enim condictionis tuae *fundamentum* indebiti tamquam debiti facta solutio (§. 12.). *Actor*, qui ignoranter eiusmodi indebitum soluit. (§. 12.) *Reus* proprie is, qui itidem ex errore illud tamquam debitum accepit (§. 12.) *Finis*, ut reus acceptum, quatenus locupletior existit, restituere cogatur. (§. cit.) Sed quam late haec omnia distant a casu, de quo iam nobis sermo. 4) SIGISM. GOTTL. HILLIGER *de actionibus occasione ludi competentibus vel non.* Lipsiae 1712. 5) L. un. D. de condict. ex lege. 6) I. L. SCHMIDT l. c. §. 1374. 7) L. 20. et 31. D. *de adquir. rer. domin.* 8) §. 2. I. *quib. alien. lic. vel non* L. 11. in fin. L. 13. D. *de reb. cred.* L. 5. §. 18. D. *de donat. inter. Vir. et Uxor.* 9) Consentit illustr. SCHMIDT l. c. §. 1374. not. I. C WOLTAER V. C. Diss. *de condictionum indole atque natura.* Halae 1777. p. 27. 10) L. 6. D. *de donat inter Vir. et uxor.* 11) L. 5. D. *de condict. sine causa.* ANT. FABRI *Iurisprudentiae Papinianeae scientia.* Colon. Allobrog. 1631. p. 462. Quoad genus actionis, quam *Papinianus* hic eligendam esse docet, non est, quod dubitemus; rem ipsam vero

vero quod attinet vid. Commentatio citata von der natürlichen Verbindlichkeit edit. 3. §. 77. [12]) I. VOET. Comment. ad Pandectas L. XXII. *Tit.* 6. §. 1.

§. XVII.

Inter vetcres hac de re varie disputatum esse videtur.

VIDIMUS hactenus, dari casus, ubi scienter indebite solutum iuste repeti queat, vidimus quoque remedia hunc in finem adhibenda. Verum, si ex antiquiori iurisprudentia quae nobis supersunt fragmenta paullo curatius intuemur, statim nobis adparet, non omnium hac de re unum idemque iudicium fuisse. Sic 1) inscriptio Legis V. D. *de cond. sine causa*, in qua dotem a muliere, avunculo nuptura, datam repeti posse adfirmatur, haud obscure indicat, rem ibi ventilatam inter iurisconsultos fuisse controversam [1]). Deinde minus quidem dubii habere videtur, usuras ultra legitimum modum solutas repeti posse, licet debitor bene gnarus, se in tantum non teneri, illas persolverit; verum non idem PAULLO placuisse videtur, quippe qui *Lib. II. Sentent. Tit. XIV. §. 4.* notanter addit, tum demum repetitioni locum fieri, *si*

usurae

usurae ultra centesimam EX ERRORE *fuerint solutae.*

1) Desumta est ex PAPINIANI *quaestionum libris*, in quibus Iureconsulti controversa iuris capita paullo latius explicare solebant. Illustr. C. F. WALCHIUS in notis ad ECKHARDI hermeneut. p. 354. Et negari nequit multa esse, quae ipsum ius repetitionis, quod Ictus hic defendit, dubium reddere possent, qua de re latius in commentatione ad §. praec. citata actum est.

§. XVIII.

Summa nostrae sententiae de vero sensu Legis XXVI. pr. §. I. et II. D. de condict. indeb.

HISCE praemissis ad Legem nostram redeuntes, diversorum interpretum supra adlatis opinionibus nostram denique iungimus sententiam, quae summatim eo redit, quod ULPIANUS in dicta lege nonnisi de usuris scienter indebite solutis intelligi queat. Nova, quantum scio, est haec opinio, sed talis, quam probari posse arbitror. Nullus enim dubito, quin explicatio, quae I) reliquis fragmentis ULPIANI ex eodem libro XXVI. ad edictum decerptis, II) analogiae iuris, quin III) integro legis nostrae tenori optime congruit, satis superque fundata dici mereatur.

§. XIX.

§. XIX.

Eaque probatur 1mo ope inscriptionis citatae legis.

QUANTAM, quamque insignem interpreti adferat utilitatem praeclarum illud legum ope inscriptionis explicandarum remedium, omnibus notum, quid quod notissimum est [1]). Ad hocce igitur, ut a IACOBO GOTHOFREDO [2]) vocatur, interioris iurisprudentiae arcanum confugientes, fontem ipsum, ex quo locus iste, in cuius explicatione versamur, depromtus est, propius consideremus. Inscriptio legis nos docet, illam ex ULPIANI [3]) libro XXVI. ad Edictum esse superstitem. Iam vero si reliqua eiusdem libri fragmenta [4]) intuemur, attente iisdem inter se comparatis statim animadvertimus, ULPIANUM ibi totum fere in eo fuisse, ut repetitionem indebiti ad genuina revocaret principia, in primis vero id egisse, ut illum, qui sciens se non teneri soluerit, a repetitione arceret, immo ut condictionem indebiti regulariter tum demum admittendam esse, demonstraret, si uterque, et dans et accipiens, errore lapsus fuerit, additis interdum exceptionibus, ubi cessante quidem ipsa indebiti condictione, repetitio tamen ex alio capite iuste institui queat. Audiamus potiora ex hisce fragmentis in diversis pandectarum titulis obvia.

Nunc

Nunc videndum, ait auctor noster alio loco 5), *de indebito soluto. Et quidem, si quis ignorans indebitum soluit, per hanc actionem repetere potest. Sed si sciens, se non debere soluit, cessat repetitio.* Alio autem 6): *Si cum te ex causa legati debere debitori tuo existimas, pactus sit, ne ab eo peteres, neque iure ipso liberatur debitor, neque petentem submovebit exceptione conventionis, ut Celsus scribit. Idem eodem loco scribit, si debitorem tuum iussisti solvere Titio, cui legatum falso debere existimas, et debitor pactus sit cum Titio suo debitore constituto, neque tibi adversus tuum debitorem, neque ipsi adversus suum actionem peremtam.* Rursus alio 7): *Si liber homo, qui bona fide seruiebat, mihi pecuniam dederit, ut eum manumittam; et fecero. Postea liber probatus, an mihi condicere possit? quaeritur. Et Iulianus scribit, competere manumisso repetitionem. Neratius etiam libro membranarum* 8) *refert. Paridem pantomimum a Domitia Neronis filia decem, quae ei pro libertate dedisset, repetisse* „per iudicem, nec fuisse quaesitum, an „Domitia sciens liberum accepisset. — Sed si „servus, qui testamento heredi iussus erat decem „dare, et liber esse, codicillis pure libertatem ac„cepit, et id ignorans dederit heredi decem, an

„repe-

„repetere possit? Et refert patrem suum Celsum „existimasse, repetere eum non posse; Sed ipse „Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse, „quae sententia verior est.“ Tandem vero regulam generalem subiicit [9]). *In re obscura melius est, fauere repetitioni, quam adventitio lucro.* Quum igitur in omnibus hisce legibus, quibus, si lubet, plures ex eodem libro decerptas [10]) iungere poteris, repetitio indebiti ubique exinde aestimatur, utrum sciens, an ignorans se non debere solverit, vero quid quaeso similius, quam ULPIANUM in lege nostra de usuris indebite solutis exponentem ad idem illud principium respexisse, ideoque earum, quae modum legitimum haud excedunt, repetitionem nulla ex alia causa denegasse, quam quoniam debitor, bene gnarus, ad usuras se non teneri, illas ultro dependerit. Equidem ULPIANUS expressis verbis non ait: Si non sortem quis sed usuras indebitas *scienter* solverit; verum, praeterquam quod recte monente Viro acutissimo I. L. E. PÜTTMANNO [11]) novum haud sit, ut iureconsulti reticeant, quod aliunde, aliisque iuris nostri locis supplendum veniat, nemo tamen adeo rudis est, qui ignoret, quid veterum scriptis a TRIBONIANO et consortibus evenerit. *Haec scripta*, bene ait ECKHARDUS [12]), in *multas*

tas particulas a pandectarum architectis dissecta sunt, et laciniae istae valde dissipatae, et transpositae in digestis. Quemadmodum vero quilibet scriptor elegantiam penitus insuper non habens, id procul dubio curabit, si res, quam in mente habet, deque qua sermo est, ex ante dictis satis adparet, ne tunc inutili repetitione lectori molestus fieret, ita quoque accidere potuit, immo accidisse admodum verosimile est, ut ULPIANUS expressam de scienter soluente mentionem initio legis nostrae minus necessariam duxerit, quoniam de hoc sermonem ipsi esse, ex continua oratione, qua nunc caremus, et paullo ante dictis, abunde iam constiterit. Quid? quod plura in ipsa lege nostra occurrunt vestigia, quae ita rem semet habuisse, clare demonstrant. Quum enim, quam in principio legis denegaverat repetitionem, in §pho secunda iterum alio casu admittit ULPIANUS, statim hanc rationem addit: *nec videtur sciens indebitum soluisse.* Sic quoque §phus tertia verbis: *sciens se tutum exceptione*, et §phus VII. verbis: *et ille ignorans*, nec non §phus VIII. ubi: *sciens indebitum soluit*, haud parum nostrae sententiae favent.

[1]) Egre-

[1]) Egregie rem tractarunt ECKHARDUS L. I. *hermeneut. iur.* Cap. 5. ibique in notis eximia eruditione nitentibus C. F. WALCHIUS. [2]) IAC. GOTHOFREDUS in manuali iur. Cap. 2. et in praef. ad Comment. Tit. de reg. iur. §. 4. [3]) Teste ANGELO POLITIANO L. IV. Epist. 9. ULPIANUS in praefectura primum urbana magni PAPINIANI adsessor, postea successor; et ALEXANDRI Imperatoris consiliarius ac scrinii magister; ducentis et viginti duobus libris de iure Romano, et magistratibus Romanis inclaruit; unde asylum iuris et legum, immo coryphaeus dicitur L. 12. §. 2. D. de excusat. tutor. Vid. Valent. FÖRSTER. Lib. II. hist. iur. civil. cap. 77. [4]) ABR. WIELING in iurisprudentia restituta Trai. ad Rh. 1739. p. 275. [5]) L. I. D. de condict. iodeb. [6]) L. 51. D. de pactis. [7]) L. 3. §. 5. et 7. D. de condict. causa data. [8]) C. F. WALCHIUS l. c. p. 354. [9]) L. 41. §. 1. D. de reg. iur. [10]) L. 9. D. de reb. cred. L. 11. eod. [11]) I. L. E. PÜTTMANNUS L. II. Adversar. iuris universi p. 65. [12]) ECKHARDUS hermeneut. iur. §. 169.

§. XX.

Secundo, per iuris analogiam.

INSIGNEM quoque observatio nostra accipit confirmationem ex ipsa iuris analogia, ad quam interpreti in primis esse respiciendum omnibus

notum eſt, et singulis [1]). Qui ex lege noſtra defendunt, sortis debitorem usuras ex errore solutas repetere non posse, eorum profecto sententia cum reliquis iurisprudentiae noſtrae principiis male cohaeret. Nulla enim ratio dari poteſt, cur ea, quae generatim de indebito soluto scripta leguntur, ad usuras ex errore depensas, pariter adplicari non debeant. Immo harum causam in iure parum favorabilem [2]) reſtringi magis in dubio, quam ampliari oportet. Longe igitur errant ULPIANO sententiam adfingentes, ab hisce principiis maxime alienam. Ipse potius in eodem libro, quem noſtrae legis sedem fuisse inscriptio docet, notanter ait: *In re obscura melius eſt, favere repetitioni, quam adventitio lucro.* (§. praeced.) Quodsi e contrario autem lex illa unice de eo accipitur, qui haud ignorans usuras persoluit indebitas, tunc omnia plana et expedita redduntur. Neque enim solum regula illa generalis ex ipso bono desumta et aequo, quod scilicet non debitum ex errore solutum omnino condictioni subiaceat, intacta relinquitur, verum etiam ad varias circumſtantias, sub quibus eiusmodi solutio scienter fieri poteſt, auctorem legis bene respexisse, conſtabit. Pro iis nimirum, quae supra §. 13. et 14. ex legibus, earumque analogia a nobis deducta sunt, quaeſtio, an is, qui usuras citra

errorem

errorem indebite soluit, condicere illas possit? adcurate decidi nequit, nisi casus sequentes probe discernantur. I) Si sortem ipsam debuit, et usurae legitimum modum haud excedunt. II) Si quantum legibus determinatum superant usurae pro sorte debita solutae. III) Si quoad ipsam sortem errans, usuras indebitas scienter soluit. Omnes hasce visiones probe et optime attendisse ULPIANUM, ipsa legis inspectio clare demonstrabit.

1) DAN. NETTELBLADT V. C. in Syst. elem. iurispr. pos. Germ. comm. general. Halae. 1781. §. 236. 2) Vid. Commentatio praeced. über die rechtlichen Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen §. 1.

§. XXI.

Tertio, ex ipso legis tenore.

Iam singula legis capita videamus. Initio statim primus casus deciditur, et regula sic formatur, ut is, qui sortem debuit, usuras vero nullo iure cogente sciens, quod iam inserere nullatenus dubito, soluit, condictione non gaudeat. Si, inquit Noster, *non sortem quis, sed usuras indebitas soluit, repetere non poterit, si sortis debitae soluit.* Causam probat principium illud generale, ab ipso legis auctore in eodem libro propositum:

Si sciens indebitum soluit, cessat repetitio [1]). Sed fallit haec regula, ut supra (§. 14.) vidimus, in casu secundo, si nempe foenus illicitum subfuerit. Pergit igitur: *Sed si supra legitimum modum soluit, D. Severus rescripsit, quo iure utimur, repeti quidem non posse, sed sorti imputandum.* Nam reprobatum foenus lucro creditoris cedere nequit; utrum vero hoc in natura, simulac datum est, restituatur, an sorti imputetur, debitori certissime unum idemque esse potest, neque habet, quod obiiciat, quum compensatio ipso iure fiat [2]), hinc repetitioni obstaret. Iuribus autem debitoris ubique hic plene prospectum esse, ex iis, quae insequuntur, patebit. *Et si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse;* quoniam facta compensatione vere non amplius debetur. Sed nondum subsistit Iureconsultus. *Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae,* i. e. quatenus hanc legitimam quantitatem exedunt [3]), *quasi sors indebita repetuntur. Quid si simul solverit? poterit dici et tunc repetitionem locum habere. Supra duplum autem usurae,* i. e. ultra alterum tantum, ut communiter vocari solent [4]), *et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum*

usurae

usurae [5]). Hisce absolutis ad tertium pergit casum ULPIANUS, inque illo repetitionem indistincte admittit. Fieri enim potest, ut quis certo quidem sciat, se ad usuras non teneri, ipsam sortem tamen iure debitam reputet; licet pariter indebita sit. Quid ergo, si hic usuras soluit? Rem ita decidit Noster: *Si quis falso se sortem debere credens, usuras solverit, potest condicere;* NEC VIDETUR SCIENS INDEBITUM SOLVISSE. Haec verba: *nec videtur* sciens &c. coniecturam nostram, Ulpiano in hac lege unice de scienter solvente sermonem esse, egregie comprobant. Numquam enim ita locutus fuisset auctor, si solventis errorem in utroque, tam quoad sortem, quam quoad usuras, supponi voluisset. Sed procul dubio casus, de quo hic agitur, ita se habere censendus est: Primus a Secundo sortem quandam cum usuris exigit. Neutrum vere debetur; interim usuras tantum sine iure exigi, sortem vero iuste urgeri, Secundo persuasum est; attamen et illas soluit. Quaeritur, anne usurarum repetitio cessare debeat; quum ad illas saltim se non teneri haud ignoraverit. Sed, inquit ULPIANUS: *non videtur sciens indebitum soluisse.* Rectissime profecto! Re vera enim ratione sortis errans usuras ultro donare voluisse dicendus non est.

1) L. 1. §. 1. D. de cond. indeb. 2) L. 14. C. de Compensat. 3) L. 9. pr. D. L. 26. C. de usuris. L. 8. C. Si cert. petat. GAIL L. 2. Obs. 4 et 5. vid. quoque: Meditationes über verschiedene Rechtsmaterien von zweien Rechtsgelehrten. Tom. I. Braunschweig und Hildesheim 1780. p. 170. 4) LEYSER Spec. 248. med. 1. 5) vid. quae lucem hic adfert L. 28. C. de usuris.

§. XXII.

Consectaria quaedam ex hactenus dictis.

QUUM igitur ULPIANUS tum demum usuras indebitas repeti posse, vel sortem minuere negat, si aut scienter depensae sint, aut modum legitimum superent: sequitur, ut toties repetitioni earum, aut in sortem imputationi locus esse debeat, quoties vel de foenore immodico 1) sermo sit, aut error 2) usurarum solutioni ansam praebuerit. Posterius quam saepissime evenire posse, nemo facile negaverit; in primis vero, qui in alterius locum succedunt, teste GAIO *L. XLII. D. de Reg. iur.* iustam habent ignorantiae causam, an id quod ab ipsis petitur, iure debeatur; proinde tertius hypothecae possessor, fideiussores, ut et heredes iustum errorem poterunt allegare. Caeteroquin circa onus probandi idem et usurarum intuitu

tuitu valere debet, quod generatim de probatione indebiti legibus cautum eſt noſtris [3]). Hinc diſtinguendum erit, utrum usurae in se licitae ex capite erroris repetantur, an foenus prohibitum condicatur. Hoc casu nil nisi solutionem probari debere per se patet: quo facto id, quod modum legibus definitum excedit, creditor nullatenus sibi habere poteſt. Ibi autem condicens regulariter solutionem indebite factam esse probare debet, nisi 1) creditor solutionem usurarum negaverit ipsam, tum enim sufficit hanc probasse, et *indebitum* praesumitur [4]); 2) is, qui usuras indebitas queritur, pupillus sit, vel minor, vel mulier, vel miles, vel agricultor forensium rerum expers [5]), tunc eum, qui foenus accepit, bene se illud accepisse oſtendere oportet; in quo si defecerit, acceptum redhibere tenetur [6]). Probato autem indebito, error praesumitur, et accipiens, qui dantem consulto illud soluisse excipit, de scientia adlegata iudici fidem facere debet [7]).

[1]) Rationem imputationis vid. §. sequ.

[2]) Utrum *facti* solum, an *iuris* etiam? inter Iureconsultos adhuc controversum eſt. Facti error dicitur, quum aut, quod factum eſt, factum esse, nescitur, aut quod factum non eſt, factum putatur. Contra in iure errat, qui factum quid esse, aut non esse, probe quidem scit, attamen ignorat,

quid eius intuitu iuris sit. L. 1. D. *de iur. et facti ignorant.* Communis opinio illum, qui in iure erravit, a condictione excludit. CUIACIUS Lib. V. Obs. 39. DUARENUS ad Tit. de cond. ind. c. 7. Alii vero contrarium defendunt; ARNOLD VINNIUS Lib. I. selectar. quaest. c. 47. I. E. REICHMANN Diss. *de cond. ind. ob ignorantiam iuris non excludenda.* Marb. 1723. et ALB. PHIL. FRICK Diss. *de indebitum soluente per ignorantiam iuris civilis ad indebiti condictionem admittendo.* Helmst. 1778. Alii mediam viam eligentes iuris errorem eatenus condictioni obstare volunt, quatenus quis lucro quodam adquirendo privetur; secus vero, si *de suo* quid amiserit. I. H. BOEHMER in tr. *de action.* Sect. 2. Cap. 5. §. 27. STRYCK Us. Mod. Lib. XII. Tit. VI. §. 5. Id. in notis ad LAUTERBACH compend. iur. pag. 346. Re curatius considerata prior sententia reliquis merito praeferenda est, 1) ob claram dispositionem L. 10. C. *de iuris et facti ignorantia*, verb.: *per ignorantiam enim facti tantum repetitionem iure debiti soluti competere tibi notum est.* 2) Argumento eius, quod leges generatim de iuris et facti ignorantia disponunt. 3) Quum ULPIANUS L. 1. D. *Ut in poss. leg.* singulari causa condictionem ob iuris errorem admittit, nominatim addit, benigne, id est, contra iuris regulas hoc fieri. Argumenta dissentientium abunde et solide refutavit VOET comment. ad Dig. XII. 6. 7. [3]) L.

25. D. *de probat.* A. F. SCHOTT V. C. *de probatione* condict. indeb. rite suscipienda. Lips. 1767. 4) cit. L. 25. pr. D. de prob. 5) Additur in L. cit. §. 1.: *vel desidiae deditus*, quem hic monachum denotare putat GOTHOFREDUS in notis; id quod inter alias rationes pro tuenda sententia sua quoque adduxit WISSENBACHIUS, qui integram hanc legem 25. D. *de probat.* TRIBONIANI esse, neque verbum quidem ex illa ad PAULLUM pertinere contendit. vid. eius *Emblemata Triboniani Jac. Frid. Ludovici* doctrinae pandectarum edit. 4. adiecta p. 54. Conf. autem si lubet, qui contrarium defendit, ac integram legem PAULLO vindicat, WYBO *in Triboniano ab emblematibus* WISSENBACHII *liberato.* Ultrai. 1729. 6) cit. L. 25. §. 1. 7) BRUNNEMANN ad L. 1. D. de cond. indeb. n. 2. SCHOEPFER Lib. XII. Synops. *iur. priv.* Tit. VI. §. 30. CARPZOV. P. 2. C. 28. Def. 21. n. 5. STRYCK *in not. ad* LAUTERBACH p. 351. Dissentit, verum ex rationibus parum sufficientibus, GOTTL. GERH. TITIUS *in iure privato* Lib. V. c. 17. §. 34. Verior enim CARPZOVII sententia ob generalem rationem, quod nemo suum iactare videatur; unde error potius, quam donatio praesumitur; foret autem donatio, si scienter indebitum soluisset. L. 53. D. de reg. iur. Id facilis largior, probationem hanc longe difficillimam suscipienti plerumque nil, nisi remedium in cit. L. 25. §. 3. D. de probat. adductum superesse

§. XXIII.

Quanam ratione imputatio foenoris illiciti in sortem facienda sit, inveſtigatur.

QUOD in Lege hactenus explicata circa usuras quantum legitimum excedentes dispositum eſt, idem quoque ab Imperatore IUSTINIANO disertis verbis sancitum legitur: *Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit conſtitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem, sed et si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur* *). Quonam modo haec imputatio facienda sit, plurimi interpretes alto silentio praetereunt; pauciores vero, hanc quaeſtionem tangentes, ita inter se dissentiunt, ut quae alteri placuit computandi ratio, ab altero velut iniuſtissima reiiciatur. Antequam varias illorum opiniones proferam, non abs re erit, indubitata quaedam principia, quibus in diiudicando hocce conflictu supersedere non possumus, praemittere. *Prima* omnium haec veritas eſto: Simulac mutuum creditum adeſt, et debitum, compensatio fit ipso iure, et quidem ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur [1]). *Altera*, debitor maiores usuras soluere non tenetur, quam quae summae sortis vere adhuc debitae conveniunt, quod vero per compensationem extinctum eſt, reapse non amplius debetur [2]). III) Facultas compensandi

pensandi, tamquam ius semel quaesitum, invito debitori auferri nequit [3]). IV) Sunt quidem usurae usurarum legibus prohibitae [4]), verum cessat anatocismus qualitate usurarum plane deficiente [5]). V) Creditor in regula quidem, ut solutionem particularem accipiat, compelli nequit [6]), verum semel acceptata eiusmodi solutione, effectum illius, quod nempe ipso iure obligationem minuat [7]), impedire non potest [8]). Hisce praemissis ad rem accedamus; et primo, quid aliis de illa sit visum, anquirere nostrum erit. LEYSERUS [9]) duplici modo imputationem immodici foenoris in sortem principalem accidere posse existimat; altero, si singuli anni spectentur, et sors quotannis deducto foenore illicito minuatur; *altero*, si omne foenus excedens simul sumtum una vice sorti imputetur, atque ab hac deducatur. Immane quantum, ut ipse auctor monet, utrumque inter se differre modum, et priorem creditori longe graviorem esse, quilibet videt. Interim prior ex mente LEYSERI locum habet, quum creditor actor est, sortemque petit; posterior autem, quum debitor, sorte iam soluta, id, quod usurarum nomine modum legitimum superat, condictione repetit. Verum utraque computandi ratio displicet *Viro Magnif. et consultiss. Cancellario* I. C. KOCHIO [10]); qui priorem

priorem modum omni iure illicitum ex ea ratione esse defendit, quoniam anatocismum saperet, hinc usurariam pravitatem contineret, alterum vero ideo taxandum esse, quoniam debitor usum foenoris illiciti creditori gratis relinquere, et sine iure usuris quanti indebiti carere cogeretur. Tertiam itaque viam proponit, in eo consistentem, ut foenus excedens tamquam sors separata considereretur, creditorque usurarius pro illa quotannis quidem usuras soluere debeat, verum sors ipsa principalis in sua integritate permaneat, neque quotannis per usuras illicitas minuatur.

*) L. 26. C. *de usuris.* 1) L. 2. D. L. 4. 5. 6. et 14. C. *de compens.* L. 4. D. *qui pot. in pignore* L. 19. D. *de liber. causa.* L. 76. D. de V. S. 2) per LL. citat. L. 26. C. *de usuris.* 3) L. fin. D. *de pactis.* 4) L. 28. C. *de usuris.* 5) ANT. FABER in Cod. L. 4. tit. 24. def. 23. 6) L. 4. C. *de solut.* MEV. P. 2. Dec. 208. 7) pr. I. L. 43. D. de solut. 8) Argum. L. 11. et 12. §. 1. in fin. D. *de rebus credit.* L. 7. §. 1. D. *qui satisd. cog.* L. 25. D. *de adopt.* 9) LEYSER Spec. 245. m. 10. 10) I. C. KOCH *in meditat. ad Schaumburgii compend. Digest. Specimini Compendii pandectarum Tit. de Success. ab intestato exhibenti adiectis.* Ienae 1757. Medit. 8, quae inscripta est: *de ipsis Iureconsultis, anatocismi vetiti promotoribus*, pag. 53. sequ. Addi merentur I. G. BAUERI.

BAUERI pr. de usuris sorti imputandis, vel repetendis. Lips. 1760. in Eius opuscul. Acad. Tom. I. n. 26. et I. F. MEISTERI Dissert. iuridico mathematica de eo quod iustum est in usuris pecuniae mutuae, annuisque reditibus indebite solutis tum condicendis, tum de sorte detrahendis. Goett. 1786. quorum alter tamen non tam de variis imputandi modis, quam potius de imputationis et repetitionis diversa ratione agit, alter vero LEYSERI et KOCHII doctrinas plenius disquirit, et maximam partem hac in re nobiscum convenit, addita tamen egregia commentatione de annuis reditibus indebite solutis, iisque vel condicendis, vel partim pensionibus debitis, partim sorti imputandis sive detrahendis.

§. XXIV.

Continuatio.

EQUIDEM secunda, quam LEYSERUS proposuit, computandi ratio, legibus nostris aperte repugnat, ceu ex infra dicendis clare adparebit. Eo iustior autem prior modus, quem contra obiectiones consultissimi KOCHII iam defendere liceat. Argumenta, quibus Vir illustris contra LEYSERUM utitur, admodum esse speciosa, nullus diffiteor, nemoque facile negaverit. Sed ipsum audire iuvabit; *Si*, inquit, *evincere mihi datum est, hunc computandi modum anatocismum continere,*

nere, atque creditorem usuras usurarum foenoris excedentis praestare oportere, iniustissimum hunc modum, quem ad hoc usque tempus servarunt Iureconsulti, mecum declarabis. Sumamus itaque esse:

Sortem.	Usuras legitimas.	Foenus solutum.	Foenus excedens.
th. Cruc. hl.	th. Cruc. hl.	th. — —	th. Cruc. hl.
1750. 100 —	5	7	2 — — —
1751. 98 —	4-81.	7	2 — 9
1752. 95-81 —	4-71-$2\frac{1}{5}$	7	2 18-$1\frac{4}{5}$
1753. 93-62-$2\frac{1}{4}$			

Quod ita explica: Sors est 100 thl.; cuius usurae legitimae sunto: 5 thaler. Sed debitor soluit 7 thaler; ergo foenus excedens in primo anno 1750 est 2 th. His 2 thaler. de sorte deductis manent ad annum 1751. 98 thaler. Horum 98 thaler. usurae legitimae sunt 4 th. 81 Cruc. At debitor soluit usurarum loco 7 thaler.; excedunt itaque 2 thaler. 9 Cruc. Quibus deductis ad annum 1752 remanet sors 95 thaler. 81 Cruc.; quorum legitima usura est 4 thal. 71 Cruc. $2\frac{1}{5}$ hall. Sed debitor soluit 7 thal. Ergo 2 thal. 18 Cruc. $1\frac{4}{5}$ hall. constituunt foenus excedens: quo deducto sors ad annum 1753 erit 93 thal. 62 Cr. $2\frac{1}{5}$ hl. Sisto iam calculum. Sufficiunt haec pro demonstrando anatocismo; quem ita ex hoc exemplo probatum accipe: debitor pro illis 2 thaler., quos a. 1750 indebite soluit, accipit 1751

usu-

usuras 9 Cr. Hi itaque 9 Cruc. sunt usurae: Sed nunc debitor hos 9 Cruc. iterum imputat sorti, eamque per eos minuit, ideoque anno sequenti pro his 9 Cruc. accipit usuras $1\frac{4}{5}$ haller: quos creditor iure poſtulare potuisset pro sorte sua, si illi 9 halleri sortem superiori anno non minuissent. Certissime ex hoc elucebit, hos $1\frac{4}{5}$ haller. esse usuram illorum 9 haller, ideoque eo computandi modo creditorem usuras usurarum praeſtare debere, quod certe nolunt legislatores, nec volunt iureconsulti, qui hoc non perspexerunt. Minime autem putes, minimam esse illam differentiam. Ducto enim per viginti annos calculo, usurae usurarum in hoc exemplo plus minus VIII *thaler. conſtituunt; quos creditor amittit, et debitor iniquissimo modo lucratur. Modus itaque computandi, quem Leyserus ignoravit, quemque ego omnium iuſtissimum arbitror, in memorato exemplo sequens foret: Sors principalis 100 thaler. integra manet, at de illis 2 thaleris, quos debitor quotannis indebite soluit, creditor ipsi sequenti anno usuras praeſtare debet. Si itaque sumamus debitorem per tres annos quotannis usuras indebitas soluisse 2 thaler. et quidem 1750. Ergo creditor 1751 de his usuras dat 9 Cruc. Debitor porro iterum 1751 usuras indebitas soluit 2 thaler.:*

thaler.: ergo sors, de qua creditor 1752 usuras praeſtare debet, eſt 4 thaler. quorum usurae sunt 18 Cruc. Si nunc his 4 thaler. 27 Cruc. illos 2 thaler. quos in a. 1752 indebite soluit debitor, adiicis; tota summa, quam debitori creditor debet, erit 6 th. 27 Cruc. quibus a sorte principali deductis, debitor adhuc solvere debet 93 thal. 63 Cruc. Differentia itaque eſt in hoc exemplo a priori, quod in priori plus sint $1\frac{4}{5}$ Cruc.; qui sunt, ut probaui, usurae usurarum &c.

§. XXV.

Prior Leyseri modus defenditur.

RE autem penitus expensa, in modo, quem Vir illuſtris iam impugnavit, iniuſtum quod dici mereatur, nil plane invenio, immo nova, quam ipse subſtituendam esse censet, ratio iura debitoris quaesita haud parum infringere mihi videtur. Quare nunc pace Eius, quae me, ut aliter sentiam, commoverunt, proferre liceat. Immodicum foenus in sortem *imputari* debere, leges aperte iubent. Supereſt inde sola quaeſtio, quonam tempore hoc faciendum sit. Perinde eſt, sive usuras excedentes tamquam debitum, quo ipse creditor debitori suo rursus teneri incipit, considerare, sive unice ex capite solutionis a debitore factae et a creditore accep-

acceptatae rem aeſtimare velis. In utroque liberationem ab initio pro quantitate contingere, supra iam praemonuimus (§. 22.). Rectissime igitur in specie, quam Vir illuſtris proposuit, debitor 2 thaleros, quos 1750 ultra modum usurarum soluit, sorti ſtatim deducit. *Si enim*, sunt verba imperatoris ALEXANDRI [1]), *conſtat, pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet, ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur.* Simili modo, quod ultra legitimam usurarum quantitatem solutum eſt, sorti *ſtatim* imputari debere, expressis ULPIANI verbis convenit: *Aequissimum eſt, creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret; Permittitur ergo creditor, conſtituere, in quod velit solutum, dummodo sic conſtituamus ut in re sua conſtitueret. Sed conſtituere in re praesenti, hoc eſt ſtatim, atque solutum eſt* [2]). Tantum igitur abeſt, ut, quod Viro illuſtri placuit, immodicum foenus tamquam sors separata consideranda veniat, ut potius lege sic iubente creditoris sortem confeſtim hic minui oporteat. Sed pergo. Debitor itaque deducto foenore illicito anno 1751. re vera tantum 98 thaler. debebat; et quum foenus proportionem sortis excedere non possit (§. 22.), pro hocce residuo unice ad usuras obſtrictus, ultra solutum itidem sorti imputat, ipso nimirum iure compen-

satione et liberatione contingente. Sic enim Imperator ALEXANDER, posteaquam, ut modo vidimus, compensationem statim ab initio factam haberi praeceperat, sequentem in modum pergit: *Utique quoad concurrentes quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur.* Nec habet creditor, quod iure obmovere possit, quum id, quod modum legitimum excedit, acceptare non debuisset, semel autem illo accepto, effectum compensationis legalem impedire nequeat (§. 22.). Quae quum ita sint, et debitor usurarum nomine 1751 nonnisi 4 thaler. et 81 Cruc. solvere debuisset, attamen 7 thaler. solvit, sequitur summam excedentem (2 thaler. 9 Cruc.), quam creditor acceptare non declinavit, sorti iterum esse imputandam, hincque debitum principale ipso iure ita minui, ut anno 1752 nonnisi pro 95 thal. et 81 Cruc. usurae solvendae sint, quarum legitima summa 4 thaler. 71 Cruc. $2\frac{1}{2}$ Haller. constituit. At vero iterum creditor 7 thaler. sibi solui patitur, quam ob rem sortem quoque duobus thaler. 18 Cruc. $1\frac{4}{5}$ Haller. ipso iure minui oportet. Itane verum est, quod initio huius §. scripsi, optime hanc computandi rationem legibus nostris congruere, nihilque in illa, quod iure taxari posset, contineri? MEISTER [3]) et hic quoque distinctione inter creditorem, qui bona fide ac ex errore, et eum qui

scienter

scienter et mala fide indebitas usuras acceperit, utitur. Rarissime autem is, qui foenus *illicitum* sibi solui patitur, *iustae* ignorantiae excusationem habebit, et species, quam auctor nominatus exempli gratia adducit, si nimirum creditor maioris summae sortem sibi deberi opinatus fuerit, eoque nomine usuras iusto maiores acceperit, magis ad usuras *sortis* partim *indebitae*, quam ad foenus *illicitum* pertinere videtur. Quodsi tamen *iustus* error vere hic interveniat, eodem iure creditorem tunc uti, ac si usuras licitas indebite quidem, sed bona fide acceperit, qua de re §. XXVII. sermo erit, facilis largior.

1) L. 4. C. de compensat. Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden I. 6.

2) L. 1. in fin. D. de solut.

3) cit. Dissert. §. 19. etc.

§. XXVI.

Et ab obiectionibus Kochii liberatur.

Sed quid ad haec omnia *illustris* Kochius? Debitorem ita calculum subducentem manifesti anatocismi arguere non dubitat: *quoniam*, ita Vir notissimus, *pro illis 2 thaleris, quos a. 1750 indebite soluit, accipit 1751 usuras 9 Cr. Hi itaque 9 Cr. sunt usurae*, caet. Sed hoc pace illius nego et pernego. Debitor, si dicendum quod res est, in hac computandi ratione nullum foenus, hinc nec

usurarum usuras accipit, sed unice id agit, ne creditor maiores, quam ipsi debentnr, usuras percipiat, eiusque quod ultra solutum eſt, compensationem cum ipsa sorte rectissime urget. Novem igitur illi Cruc. quos debitor a. 1751 sorti deducit, non sunt usurae duorum thaler. quos 1751. indebite soluit. Nam et hi 2 thaler. compensatione iſla ipso iure expuncti sunt, unde debitor usuras pro illis neque accipere poteſt, neque re vera in exemplo noſtro percipit. Deductis enim duobus thaler. quos creditor a! 1750. praeter usuras legitimas accepit, ad annum 1751. ipsa sors tantum 98 thal. remanebat: cui quum foenus congruere debeat (§. 22.), quantum excedens sortem ipso iure minuit. Non igitur video, quid debitori obiicere possit *Vir celeberrimus* ita pergens: *Sed nunc debitor hos 9 Cr. iterum imputat sorti, ideoque a. 1752. pro his accipit usuras* $1\frac{4}{5}$ *hall; quos creditor iure poſtulare potuisset, si illi 9 hall. sortem superiori anno non minuissent.* Ubi usurae non adsunt, ibi quoque usurarum usurae cogitari nequeunt (§. 22). Iam vero clare probatum dedimus, 9. illos haller. tamquam usuras considerari non posse, quoniam is, qui re vera non nisi 98 thal. debet, pro hacce tantum summa ad usuras tenetur. Harum legitima quantitas quum 4 thal.

81 Cr. consistit, debitor septem thal. solvens, superfluum, nempe 2 th. et 9 Cr. non tamquam usuras sibi debitas, sed quoniam creditor illud ultra verum usurarum quantum accepit, compensationis iure in sortem imputat. Per se inde patet, illos $1\frac{4}{5}$ hall. non esse usuras usurarum, hinc debitorem anatocismi vetiti reum hic plane non fieri. Quod vero addit Vir eximius, creditorem hosce $1\frac{4}{5}$ haller. iure postulare potuisse pro sorte sua, si illi 9 haller. sortem superiori anno haud minuissent, eo minus mouet, quo certius est, nullo iure creditorem illos exigere potuisse, quum sors principalis per compensationem ipso iure ad minorem reducta esset quantitatem. Hoc si fieri creditor noluisset, ultra legitimam foenoris summam nil acceptare debuisset; iam vero factum proprium impugnare amplius nequit (§. 22). Ex hisce facillime sequitur, quid de reliquis computandi rationibus, quarum unam LEYSERUS, alteram vero KOCHIUS proposuit, vere tenendum sit. Aperte sive hanc, sive illam eligere velis, debitori facultatem compensandi denegabis, immo ius ex ipsis legibus illi quaesitum, vi cuius solutionem aeque ac compensationem liberatio statim sequitur, manifeste infringes, id quod, nisi clara iuris nostri principia insuper habere velis, nullatenus tibi sumere poteris.

§. XXVII.

Quid? Si usurae in se quidem licitae, error tamen solutioni earum subfuerit? Leyserus notatur.

AIT LEYSERUS alia occasione [1]) contra BERGERUM disputans, eique L. 31. §. 2. *D. de Donat.* et L. un. §. 11. C. *de rei uxor. act.* opponens: *has leges forte non vidit illustris Bergerus, dum in Oeconomia iuris dixit, dotem profectitiam iure civili ad patrem reverti. Apparet hinc L. 6. D. de iure dotium, ad quam Bergerus se refert, rerum facie prorsus mutata, non posse apud nos locum invenire.* Vereor, ne LEYSERO ipsi hic simile quid iure obverti queat. Putat ille, ut supra (§. 1.) vidimus, usuras ex errore indebite solutas repeti non posse, nisi ipsa sors indebita, aut illicitum foenus subfuerit, et pro defendenda hac sententia ULPIANO in L. 26. D. *de condict. indeb.* testimonium denunciat. Quodsi vero haec lex vere id contineret, quod Vir Celeberrimus inde exsculpere tentavit, tunc profecto in lite, quam refert, plane fuisset negligenda. Obstitisset enim lex novior, quam antiquiorem vincere, ne illis quidem ignotum est, qui alia omnia nesciunt. Habemus expressam Imperatoris PHILIPPI constitutionem, in qua foenoris indebite soluti repetitio sine ullo

dis-

discrimine indulgetur. En verba ipsius. *Indebitas usuras, etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, licet post sortem redditam creditori fuerint datae, exclusa veteris iuris varietate, repeti posse, perpensa ratione firmatum est* [2]). Evenit igitur in lite, quam LEYSERUS recenset [3]), actori id, quod ipsi evenire par non erat, neque unquam accidisset, nisi aut minus recte explicata L. 26. *D. de condict. indeb.*, aut noviori Imperatoris PHILIPPI Constitutione insuper habita. Alias enim eodem certissime frui debuisset iure, quod teste SCAEVOLA [4]) in casu plane simili locum invenit. Non ingrata erit B. L. collatio quaedam inter utrumque iureconsultum propius instituenda, quam ob rem LEYSERUM primo, deinde SCAEVOLAM audiamus. „*Quaestionem*, inquit ille, evolvemus, quae „Helmstadiensibus proposita fuit. Debitor credi„tori suo usuras trientes, quatuor pro centum „vulgo dicunt, promiserat, sed per aliquot annos „quincunces soluerat. Deinde, errore cognito, „quod ultra promissum dederat, repetebat. Ob„iiciebatur ei supra memorata L. 26. pr. de cond. „ind. Sed ipse verba: *Si supra legitimum modum „soluit sorti imputandum*, pro se allegabat. Verum „non credidimus, haec pro eo facere. Supra

 „legiti-

„legitimum modum, est quantitatem legibus prae-
„finitam excedere. Hanc vero non excesserat
„debitor, sed modum pacto statutum neglexerat.
„Igitur contra eum secundum L. 26. iudicavimus“
—. Iam vero, quid SCAEVOLAE in eodem casu rectius visum sit, inquiramus. *Titius*, ita hic L. 102. §. 3. D. de Solut. *mutuam pecuniam accepit, et quincunces usuras spopondit, easque paucis annis soluit. Postea nullo pacto interveniente per errorem et ignorantiam semisses soluit. Quaero, an patefacto errore id, quod amplius usurarum nomine solutum esset, quam in stipulatum deductum, sortem minueret? Respondi: Si errore plus in usuris soluisset, quam deberet, habendam rationem in sortem eius, quod amplius solutum est.*“ Vix est, quin et ego hic dicam, quod ipse Vir eximius adversario quondam suo obiecit: Has leges forte non vidit illustris LEYSERUS, in Meditationibus ad Pandectas debitori, usuras indebite soluenti, repetitionem, sive in sortem imputationem minus recte denegans.

1) Spec 319. m. 1. in fin.
2) L. 18. C. de usuris.
3) Spec. 148. M. 9.
4) L. 102. §. 3. D. de Solut.

§. XXVIII.

§. XXVIII.

Quaenam tunc imputationis in sortem faciendae ratio.

RESPONDIT quidem SCAEVOLA, etiam in eo casu, si usurae, utut in se licitae [1]) ex errore tamen solutae fuerint, rationem earum in sortem esse habendam. Modum vero intactum reliquit. Puto, hic distingui oportere, utrum creditor accipiens non ignoraverit, indebitum ex errore solui, an vero bona fide illud perceperit. In casu posteriori durissimum foret, eandem computandi rationem adhiberi, quam §. 24. et 25. occasione usurariae pravitatis locum invenire vidimus. Quum enim, si uterque, et dans, et accipiens in errore versatur, res omnis ad illa redeat principia, quibus condictio indebiti innititur, repetere hic velis, quae §. 12. a nobis praemissa sunt. Hisce ad casum praesentem adplicatis, quaestio proposita sic erit resolvenda, ut omne foenus indebitum simul sumtum sorti imputari debeat [2]), ex quo creditor illud non deberi convictus, circa restitutionem accepti moram fecisse dicendus est. Prius enim compensatio locum non habet, quam causa, ex qua fieri debet, liquida existente [3]), dieque illius iam veniente [4]). Anne autem foenus sine iure perceptum cum usuris saltim restitui, hinc ita quoque

imputari debet? Memor sis, quaeso, rem nobis esse cum illo, qui bona fide foenus indebitum accepit, hinc optimo iure illo utitur, fructusque lucratur [5]). Longe aliud vero dicendum de eo, qui sciens, alterum ad usuras non teneri, sed erronee plus, quam vere debeat, solvere, foenus accepit. Hic enim ob dolum, in quo versatur, et malam fidem, omne damnum ac interesse praestare tenetur [6]). Immo leges ipsae illum furi aequiparandum esse volunt, hinc condictionis quoque furtivae reum faciunt [7]). Quibus abunde evincitur, eadem hic observanda esse, quae §. 24. 25. de foenore illicito, eiusque in sortem imputatione exposita sunt.

1) Semisses, de quibus SCAEVOLA loquitur, usuras iure Romano regulariter haud prohibitas fuisse nemini ignotum.

2) Intellige, in quantum accipiens locupletior factus, (§. 12.)

3) L. 14. C. de Compens.

4) L. 7 D. eod.

5) §. 35. I. *de Rer. Divis.* Vera et unica haec est ratio, cur reus indebiti condictione conventus, acceptum cum usuris reddere non teneatur. Scimus enim, reum in hac actione esse eum, qui bona fide indebitum tamquam debitum accepit,

hinc

hinc quoque inſtar bonae fidei possessoris pro usu rei nil solvere tenetur.

6) Argum. L. 45. D. de contrah. E. V.

7) L. 38. §. 1. *D. de Solut.* L. 18. D. *de cond. furt.*

8) Nec obſtat, quod in praesenti de usuraria pravitate proprie tali sermo non sit. Sufficit, indebitum hic adesse, quod sciens, sibi illud non competere, sed ex errore solui, dolo et mala fide accepit. Hunc enim indiſtincte furis inſtar teneri leges iubent.

§. XXIX.

Recapitulatio.

INTEGRAM de usuris indebite solutis materiam summatim nunc ita tenere possumus. I) Usuras modum legitimum superantes creditor nullo casu sibi habere poteſt, hinc sorte nondum soluta secundum modum §. 24. explicatum compensatio recte urgetur. Sorte vero soluta, id quod creditor pro iſta computandi ratione nimium accepit, condictione sine causa (§. 15.) ut et furtiva (§. 12.) repetitur. II) Usuras in se haud illicitas qui sciens indebite soluit, repetendi ac compensandi facultate non gaudet (§. 13.) Nisi III) quoad ipsam sortem erraverit, illamque debitam esse falso crediderit,

tunc

tunc enim et usurarum intuitu pro errante merito habetur (§. 20). IV) Foenoris haud immodici ex errore soluti repetitio et imputatio admittitur quidem, verum ita, ut contra creditorem, qui scienter illud accepit, et condictio furtiva (§. 27), et eadem imputandi ratio locum habeat, quae in foenore illicito observanda eſt (§. 24). V) Quodsi vero uterque, et dans et accipiens, in errore versatus fuerit, secundum ea, quae §. 27. exposita sunt, compensatio pariter, ac repetitio fit, et quidem posterior per condictionem indebiti (§. 12.).

V.

V.

Kurze Erörterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bei Verpfändungen das Verbot Legis commissoriae?

V.

Inhalt.

§. 1. 2. Das Civilrecht verbietet zwar den an sich erlaubten commissorischen Vertrag bei Verpfändungen, aber der eigentliche Umfang dieses Verbots erfordert noch eine nähere Erläuterung.

§. 3. Begriff legis commissoriae A) überhaupt.

§. 4. B) als Nebenvertrag bei Verpfändungen betrachtet. Auch hier begreift sie mehrere Arten der Verträge unter sich.

§. 5. Es fragt sich also, ob diese insgesamt oder nur zum Theil verboten sind.

§. 6. Vorschriften der Gesetze hierüber.

§. 7. 8. Das Gesetzliche Verbot ist allgemein, und verwirft alle Formen legis commissoriae bei verpfändeten Sachen, sowol zum Besten des Gläubigers, als auch des Bürgen, und besonders die Verabredung, welche man gewöhnlich auszunehmen pflegt, da der Schuldner sich anheischig macht, dem Gläubiger das Pfand nach einer künftigen Schätzung zu überlassen.

§. 9. Auch andere Verabredungen in fraudem legis sind ungültig.

§. 10. Darf der Schuldner die dem Gläubiger vermöge legis commissoriae bereits abgetretene Sache gegen Bezahlung der Pfandschuld zurückfordern, oder wenigstens auf den gesetzmäßigen Verkauf des Pfandes dringen? und kann der Eid den Handel gültig machen?

§. 1.

Obgleich der Vertrag, von welchem in dieser Schrift gehandelt wird, dem Naturrechte an sich nicht zuwider ist [1]: so hat doch das bürgerliche Verbot desselben die unverwerflichsten Gründe für sich [2]. Denn so leicht ein Schuldner, um nur der gegenwärtigen Verlegenheit zu entgehen, auch die drückendsten Bedingungen, welche die Härte des Gläubigers ihm vorschreibt, übernehmen wird, so auffallend hiebei die Unbilligkeit des letztern ist, wenn er, um von der Noth seines Mitbürgers Vortheil zu haben, sich mehr, als ihm den Rechten und der Natur der Sache nach gebührt, versprechen, hingegen den Schuldner solchen Befugnissen, welche demselben nach geleisteter Zahlung zustehen würden, entsagen läßt, so billig ist dagegen die gesetzliche Vorschrift, wodurch dergleichen gewinnsüchtige Nebenbedingungen gänzlich verworfen, für unerlaubt, und unverbindlich erklärt werden.

1) PU-

1) PUFENDORF *de iure naturali et gentium* Lib. V. Cap. X. §. 14. LEYSER Spec. 158. Med. I. **Lauterbach** ist daher vielleicht zu weit gegangen, wenn er behauptet, daß weder durch Statuten, noch durch Gewohnheiten diese Verabredung je eine Gültigkeit erlangen könne. Comp. Pand. tit. de pign. act. LEYSER Spec. cit. Coroll. 2. erinnert dagegen: Omne statutum, et consuetudo, si modo legi divinae non contrariatur, valet; at pactum commissorium legi divinae non repugnat.

2) L. ult. C. *de pactis pignor.* **Voet** druckt die Gründe des Gesetzes in folgenden Worten sehr richtig aus: Maximi saepe momenti ac pretii res in aeris alieni exigui cederent exsolutionem, debitore egeno ac praesentis rei nummariae angustia presso facile patiente, dura quaeque et inhumana contra se scribi, dum ante insertum legi commissoriae diem molliora sibi tempora, ac fortunam meliorem pollicetur, atque ita pacti asperitatem solutione se aversurum sperat, cui tamen spei lubricae satis ac fallaci eventus deinde haud raro non respondet. *Comm. ad Pand. XX. 1. 25.*

§. 2.

Ausgemacht ist es nun zwar, daß lex commissoria in Rücksicht auf Pfänder und Hypotheken zu den unverbindlichen Nebenverträgen gehöre —, nicht so ausgemacht aber unter den Gelehrten der eigentliche

Umfang

Umfang dieses verbotenen Handels. Denn sobald nur in einzelnen Fällen die Frage entsteht: ob dieser, oder jener Vertrag besonders mit dahin zu rechnen, folglich unter dem gesetzlichen Verbote mit begriffen sei? so findet man die Meinungen sehr getheilt. Dieß kommt daher, weil die mehrsten von dem Verwirkungsvertrage bei dieser Gelegenheit einen Begriff zum Grunde legen, welcher, verglichen mit den Gesetzen selbst, offenbar zu eingeschränkt ist. Wer nun den Worten solcher Erklärung strenge nachgeht — und wie viele sind es nicht, die sich immer lieber an die Lehrbücher halten, als die Quelle selbst zu Rathe ziehen [3]) —, der wird natürlich manche einzelne Verabredung rechtmäßig, und verbindlich glauben, welche doch den Gesetzen nach in der That unerlaubt, und unverbindlich ist. Gewöhnlich begnügt man sich, jenen Vertrag, in sofern er durch Gesetze verboten ist, auf die Verabredung einzuschränken, wodurch der Schuldner sich verwillkührt, daß, wenn er an dem bestimmten Zahlungstage nicht einhalten würde, das Pfand für die Schuld dem Gläubiger verfallen sein sollte [4]); und nun entsteht die Frage, ob folgende Verabredungen, welche eigentlich unter der gedachten Idee nicht mit begriffen sind, für rechtsbeständig anzunehmen sind? wenn nämlich der Schuldner verspricht, 1) daß

der Gläubiger bei entstehender Zahlung die Sache für einen gewissen im voraus schon bestimmten Wehrt als gekauft behalten — 2) daß die Sache, im Fall die Zahlung ungebührlich verzögert würde, für einen, durch ordentliche Taxe sodann erst zu bestimmenden Wehrt, dem Gläubiger eigenthümlich verbleiben — 3) daß das Pfand in solchem Falle, zwar nicht dem Gläubiger, wol aber dem Bürgen, nachdem er für den Schuldner bezahlt haben würde, verfallen sein sollte. Bei der Ungewißheit, welche hierüber in Lehre und Meinungen herrscht, säumt denn auch die Chikane nicht, in fraudem legis allerhand Wendungen zu gebrauchen [5]), damit eine an sich rechtswidrige Absicht durch künstliche Elusion des Richters erreichlich werde [6]).

[3]) Wahr ist es, daß ein Schwarm Asträen scheint zu ehren,
An Zahl den Fliegen gleich, die sich im Sommer mehren;
Für sich gedankenlos, von fremder Meinung voll,
Nur hat er noch Verstand, wenn er betriegen soll.
Kästner.

[4]) Pactum commissorium est, quo id agitur, ut debito intra certum tempus non soluto, apud creditorem pignus *pro debito* remaneat. VOET *Comment. ad Pand.* XX. 1. 25. Je nachdem nun andere dafür halten, daß die Sache bald auf diesen

bald

bald auf jenen Vertrag weiter auszudehnen sei, so wird denn auch von ihnen der Begriff danach erweitert. Z. B. Pactum commissorium est conventio, ut si intra certum tempus debitum non solvatur, pignus creditori pro pretio iam determinato in solutum adiudicetur. CLAPROTH iurisprudent. heurem. Tom. 2. §. 212.

5) Pactum commissorium in pignoribus vetitum esse, omnes hodie etiam de plebe homines norunt, sed tamen spe improbi lucri, ut illud adiiciant, alliciuntur. Neque vero aperte id faciunt, sed varias artes adhibent, et alium saepe contractum simulant, eoque pactum commissorium vaferrime tegunt. Leyser Spec. 158. Med. 5.

6) Den Wucherern fehlt es hierin nicht an frommen Vorgängern. Denn als die gottseligen Väter in den Kirchenversammlungen den heiligen Einfall hatten, die Zinsen überhaupt zu verbieten, so waren die reichen Mönche die ersten, welche eine weit häßlichere Sache, die census irredimibiles, dagegen einführten. vid. Hommel Philosophische Gedanken über das Criminalrecht §. 25.

§. 3.

Man würde sich aber der Gewißheit in dieser Materie mehr genähert, und das Lehrsystem mit den Gesetzen genauer vereinigt haben, wenn man 1) einen richtigen Begriff des Vertrags, wovon hier die Rede

ist, im allgemeinen zum Grunde gelegt, und 2) um zu bestimmen, ob bei Verpfändungen jener Vertrag durchgängig, oder nur in einer besondern Hinsicht verboten sei? die gesetzlichen Vorschriften selbst mit mehrerer Sorgfalt zu Rathe gezogen, dabei aber 3) die bekannte Rangordnung unter mehrern Gesetzen verschiedenen Inhalts gehörig beobachtet hätte. Irre ich mich nicht, so besteht der commissorische Vertrag überhaupt in einer Verabredung, wodurch Jemand auf den Fall, wenn er seine Schuldigkeit nicht erfüllen würde, sich verwillkührt, daß er sodann gewisser Ansprüche oder Befugnisse verlustig sein, und die einem andern sonst etwa obliegende Verbindlichkeit erlassen haben wolle [7]). So z. B. wird ein Käufer bloß darum, weil er das Kaufgeld zur bestimmten Zeit nicht berichtiget, noch nicht sogleich seines ganzen, durch den Kaufcontract erworbenen Rechts, verlustig. Der Verkäufer bleibt immer noch an den einmal getroffenen Handel gebunden, ist nur berechtigt, gegen den Käufer auf die Erfüllung des Contracts zu klagen, und würde er sich einfallen lassen, darum weil der Käufer nicht Wort gehalten hätte, die verkaufte Sache selbst zurück zu fordern, so würde ihm die ehrenvolle exceptio inepti libelli sicher bevorstehen. Gesetzt aber, die Parteien vereinigen sich selbst, um mich

der

der Worte des **Ulpian** [8]) zu bedienen: ut fundus, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemtus fieret; so ist der Kauf sub lege commissoria geschlossen, weil, wie ein Jeder siehet, der Käufer sich verwillkührt, daß ihn die verzögerte Zahlung seines Rechts in Ansehung der gekauften Sache verlustig machen, der Verkäufer hingegen, nach eingetretener mora, an den Handel nicht mehr gebunden sein soll.

[7]) Der Römische Ausdruck lex commissoria druckt die Sache sehr gut aus. Lex, behaupten Einige, bedeutet hier nichts anders als pactum. Also pactum commissorium. Ich würde lieber im allgemeinen sagen, daß der Ausdruck Lex eine gewisse Bestimmung andeute, unter welcher sich Jemand zu diesem oder jenem anheischig macht. Der bekannte Satz: pacta dant *legem* contractibus, wird dieß rechtfertigen. So sagt man auch: die Sache ist *ea lege* verkauft worden, d. i. unter der Bestimmung; so heißt es beim TERENT. *Eunuch.* I. 2. 22.

Verum heus tu, *lege hac* tibi meam adstringo fidem.

Commissum wird unter manchen andern Bedeutungen auch dasjenige genennet, dessen sich Jemand durch pflichtwidrige Handlungen dergestalt verlustig gemacht hat, daß die Zuständnisse, welche er bisher hatte, oder erlangen konnte, dadurch an einen an-

dern verfallen sind. Dieß ist aus dem Tit. Pand. de Publicanis, vectigalibus & *commissis*, bekannt. Die Worte des *Quinctil.* Decl. 341. Quod quis professus non est apud publicanos, pro commisso tenetur, mögen es noch zum Ueberfluß erläutern. Uebrigens ist zu mehrerer Begründung des allgemeinen Begriffs der commissorischen Bedingung nachzulesen L. 1. 2. 4. D. de Lege commissoria; und HELLFELD *iurisprud. forens.* §. 869.

8) L. 4. pr. D. de lege commissoria.

§. 4.

Um nun von dem bisher Vorgetragenen auf den eigentlichen Gegenstand unserer Abhandlung die Anwendung zu machen, so ist wol nichts gewisser, als daß lex commissoria bei verpfändeten Sachen eine jede Verwillkührung des Schuldners unter sich begreift, wodurch derselbe auf den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit, Rechten in Ansehung des Pfandes entsagt, die er sonst gehabt hätte, und dem Gläubiger Verbindlichkeiten erläßt, die ihm würden obgelegen haben. Da nun das Eigenthum des Pfandes, den Gesetzen und der Natur der Sache nach, dem Schuldner so lange verbleibt, bis wegen verzögerter Zahlung eine rechtmäßige Veräußerung vorgenommen worden, folglich, ehe und bevor diese geschehen ist, der Schuldner, wenn er auch in mora

sein

sein sollte, dennoch immmer das Recht hat, die Sache wieder einzulösen, da mithin weder der Gläubiger noch der Bürge berechtigt ist, bloß wegen verzögerter Zahlung, das Unterpfand als verfallen zu behalten, sondern vielmehr beiden die Verbindlichkeit obliegt, die noch nicht gesetzmäßig verkauften Pfandstücke dem Schuldner gegen Bezahlung des Kapitals, der Zinsen und Kosten [9]) herauszugeben, so folgt hieraus offenbar, daß alle oben §. 2. benannte Verträge zwar besondere Modificationen legis commissoriae ausmachen, im Grunde aber doch als wirkliche Gattungen derselben anzusehen sind.

[9]) Siehe die vorhergehende Abhandlung II. 3.

§. 5.

Da wir nun wissen, daß der Verwirkungsvertrag in Ansehung eines Pfandes verboten ist, so entsteht nunmehr die wichtige Frage, in wie fern ihn die Gesetze untersagt haben? Ob überhaupt, oder mit gewissen Einschränkungen? Ist das Erstere, so müssen wir alle einzelnen Verträge, deren im §. 2. gedacht worden ist, schlechthin unverbindlich halten, weil sie wirkliche species legis commissoriae sind; — ist hingegen das Letztere, so wird, da dieser Vertrag dem Naturrechte an sich nicht zuwider ist, das bür-

gerliche Verbot sich nicht weiter, als auf diejenigen einzelnen Verträge, welche nahmentlich in den Gesetzen ausgedruckt sind, erstrecken. Es lassen sich aus dem Römischen Gesetzbuche Stellen für das Eine sowol, als für das Andere, anführen [10]). Die bekannte Regel: Lex posterior derogat priori, wird zuletzt dem Streit ein Ende machen.

10) Ob der commissorische Vertrag schon vor Constantin dem Großen verboten gewesen sei, ist streitig. Man sehe LEYSER Spec. 158. M. 1. **Westphal vom Pfandrechte** §. 260. STRVV. Syntagm. I. C. XXVI. 7. Iac. GOTHOFRED ad L. un. C. Theod. de commissoria rescind. (III. 2.) I. G. *van* MVSCHENBROECK dissert. de lege commissoria in pignore. Lugd. Batav. 1752. cap. 2. ap. OELRICHS Thes. nov. Dissert. Belg. Vol. I. Cicero redet davon in einem seiner Briefe ad famil. III. 56. als von einer völlig rechtsgültigen Sache: Praeterea Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluuio dedit. Hae commissae sunt. Velim cures, ut de hypothecis decedat, easque Procuratoribus Cluuii tradat, aut pecuniam soluat. — Von den Gesetzen, welche in die Justinianeischen Rechtsbücher aufgenommen sind, handelt der folgende §. sogleich mit Mehrerm.

§. 6.

§. 6.

Obgleich der oben §. 2. n. 3. angemerkte Vertrag eine wahre Gattung legis commissoriae ist, so erklärt ihn doch folgende Stelle in den Pandekten für erlaubt und rechtsbeständig [11]): Titius, quum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia & fideiussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum; quodsi id non fecerit die suprascripta, & soluerit debitum fideiussor creditori, iussit praedia emta esse, quae creditoribus obligaverat. Quaero, quum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an si soluerit creditori, emta haberet suprascripta praedia? Respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est, & contractam esse obligationem. So auch wird an einer andern Stelle [12]) der §. 2. n. 2. angemerkte Vertrag als gültig angenommen. Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam —. Der Codex hingegen enthält in einem **Edicte** des Kaisers **Constantin** M. ad Populum, eine Verordnung [13]), worin die Sache **ganz allgemein** verboten, und der commissorische Vertrag in seinem ganzen Umfange als unerlaubt und unverbindlich verworfen

verworfen wird. Die Worte des Gesetzes selbst mögen dieß näher rechtfertigen. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, & in posterum *omnem eius memoriam aboleri.* Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum *praeteritis praesentia quoque repellit,* & *futura* prohibet. *Creditores enim re amissa iubemus recuperare, quod dederunt.* Wer siehet nicht, daß, da der Gesetzgeber hier in möglichst allgemeinen Ausdrücken redet, die Sache billig ohne weitere Ausnahmen, ohne irgend eine Einschränkung auf besondere Arten, ohne daß es irgend darauf ankommt, ob wirklich ein unerlaubter Wucher damit verbunden ist oder nicht, für unerlaubt zu achten, und der Schuldner, aller Verwillkührung ungeachtet, befugt sei, vor erfolgtem rechtmäßigen Verkauf des Pfandes, das letztere, gegen Erlegung dessen, was er wirklich schuldig ist, wieder zu sich zu nehmen. Die Worte: *creditores, re amissa, iubemus recuperare, quod dederunt,* ergeben es nur zu deutlich, daß dem Schuldner, sobald er nur die wirkliche Zahlung leistet, in keinem Betrachte das Pfand weiter zu vorenthalten sei.

11) L. ult. D. *de contr. E. V.*

12) L. 16. §. ult. D. *de Pignorib.*

13) L.

13) L. ult. C. *de Pact. pignor.* Daß L. 1. C. ibid. nicht hieher gehöre, ob sie gleich auch von einigen angeführt wird, um das Verbot legis commissoriae nach ältern Gesetzen zu beweisen, zeigt der Inhalt deutlich genug, da das Gesetz nicht sowol über die Gültigkeit, als vielmehr über den Sinn und die eigentliche Absicht der dort vorkommenden Verabredung entscheidet. Man vergleiche zum Ueberfluß *Iacob* GOTHOFRED, van MUSCHENBROECK und **Westphal** l. c. Mit **Constantins** Verordnung stimmt auch überein Cap. 7. X. de pignor., der Text I. F. 27., imgleichen die **Reichs-Polizei-Ordnung** v. J. 1577. Tit. 20. §. 5.

§. 7.

Ungültig ist daher nicht allein die Verwillkührung, daß das Unterpfand bei verzögerter Zahlung dem **Gläubiger** für seine Forderung, oder gegen einen im voraus schon bestimmten Werth verfallen solle 14), sondern es bleibt auch in alle Wege eben so unverbindlich, wenn der Schuldner sich anheischig macht, daß unter diesen Umständen die Sache einem Andern, als dem eigentlichen Gläubiger, z. B. dem Bürgen, eigenthümlich anheim fallen solle. Denn wird gleich in den Pandekten dergleichen Verabredung zwischen dem Schuldner und Bürgen für rechtsbeständig erklärt (§. 6.), so geht doch die angeführte Verord-

nung

nung im Codex unstreitig vor, da sie als Edict, in den bestimmtesten Ausdrücken die Sache allgemein und durchgängig verbietet, dabei auch selbst die Unvollkommenheiten des bisher gegoltenen Rechts nicht undeutlich zu erkennen giebt, — placet infirmari eam et in posterum *omnem* eius memoriam aboleri, — und dem Schuldner erst jetzt den völligen Schutz gegen die harten Bedingungen gewähret, den ihm das vorige Recht versagte, — si quis tali contractu laborat, *hac sanctione* respiret, quae cum *praeteritis* praesentia quoque repellit, et futura prohibet, — hiernächst aber durchaus kein Grund vorhanden ist, woraus sich die Nothwendigkeit einer Einschränkung dieser allgemeinen Verordnung darthun ließe, folglich die widerstreitenden Stellen der Pandekten, als antiquarisches Recht, derselben weichen müssen [15]). Gedachte Verordnung will nun den Schuldner durchaus zu nichts mehr, als zum Abtrag dessen, was der Gläubiger wirklich zu fordern hat, gehalten wissen; wogegen dem letztern ohne Unterschied die Verbindlichkeit auferlegt ist, nach Empfang seiner eigentlichen Forderung, die verpfändete Sache zu restituiren. Dieß ist allerdings auch auf den Bürgen anzuwenden. Denn auch er ist 1), wie **Voet** [16]) und **Westphal** [17]) hier richtig erinnern, ein Gläubiger dessen, für den er gut gesagt und bezahlt

hat;

hat; der Grund des Verbots ist auch 2) in beiden Fällen der nämliche, weil der Schuldner oft um einen Bürgen nicht weniger verlegen ist, und folglich gegen diesen eben so leicht, als gegen den Gläubiger selbst, sich auf harte Bedingungen einlassen muß. Da nun die Gesetze überhaupt nicht wollen, daß sich Jemand die Verlegenheit des Schuldners durch dergleichen Verträge zu Nutze machen soll, so ist nicht abzusehen, warum solches dem Bürgen mehr als dem Gläubiger freistehen dürfte. Dagegen aber halten bekanntlich die mehrsten Juristen den Nebenvertrag erlaubt, wodurch der Schuldner, auf den Fall nicht gehörig erfolgter Zahlung, dem Gläubiger das Recht ertheilt, die verpfändete Sache für einen **durch ordentliche Taxe künftig zu bestimmenden Werth** zu behalten. Denn hierunter, sagt man, leidet der Schuldner gar nicht, es fällt mithin der Grund des gesetzlichen Verbots gänzlich hinweg. Man glaubt solches auch noch durch Vergleichung dieser Verabredung mit einer andern, wonach dem Gläubiger, bei nicht erfolgter Zahlung, die Sache für einen, im voraus schon ganz bestimmten Werth, verfallen sollte, noch deutlicher ins Licht zu setzen. Denn wird die Summe im voraus schon durch Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner vestgesetzt,

so

so wird ersterer aus des letztern Verlegenheit gar nicht im Stande sein, einen ungebührlichen Vortheil sich zu erwerben. Bei einer vorbehaltenen ordentlichen Taxe hingegen hält man nicht dafür, daß dieses der Fall sein könne, und solchergestalt wird, wie gesagt, von den Rechtsgelehrten fast einstimmig der gedachte Nebenvertrag erlaubt, und verbindlich gehalten. L. 16. §. ult. D. de pignorib. tritt dieser Meinung ausdrücklich bei; „ja es ist kein Zweifel," schreibt Westphal a. a. O. „daß, wenn auch die „Taxe vorher, und gleich bei der Verpfändung auf„genommen worden, die Verabredung gelte. Denn „es kommt nur darauf an, daß es eine rechtliche „Würderung sei, und sich Niemand mit dem „Schaden des Schuldners bereichere." Es steht inzwischen dahin, ob die Rechtmäßigkeit solcher Verabredung nicht noch vielen und wichtigen Zweifeln unterworfen sei. Ich will im folgenden §. kürzlich die Gründe vorlegen, welche nach meiner Ueberzeugung das Gegentheil beweisen.

14) HUBER Praelect. iur. ciuil. Tit. Dig. de Pignorib. §. 15. Die Distinction, welche LEYSER Spec. 148. Coroll., imgleichen COCCEII *iur. controu.* Lib. 13. Tit. 7. Quaest. 9. hinzufügen, hat keinen Grund, weil sie der angeführten allgemeinen gesetzlichen Vorschrift offenbar zuwider ist.

15) A. F.

15) A. F. J. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts; Altona 1799. pag. 176 ꝛc. Ueberhaupt verdient diese Schrift zur richtigen Bestimmung des gegenseitigen Verhältnisses der Pandekten und des Codex nachgelesen zu werden.

16) VOET Comm. ad Pand. l. c. §. 25.

17) Westphal vom Pfandrechte p. 381.

§. 8.

Das Gesetz, worauf man sich hier vorzüglich zu stützen pflegt, hat auf die Entscheidung nicht viel Einfluß, weil es aus den Pandekten hergenommen ist, und folglich der neuern Verordnung im Codex weichen muß, sobald man zeigen kann, daß das darin enthaltene Verbot den Fall, wovon jetzt die Rede ist, gleichfalls mit in sich fasse. Ich glaube, solches aus dem Inhalte, und dem wahren Grunde der Constitution mit Recht behaupten zu können. Denn daß 1) die Verabredung, daß das Pfandstück, wenn es der Schuldner zur rechten Zeit nicht lösen würde, dem Gläubiger für einen durch ordentliche Taxe zu bestimmenden Wehrt eigenthümlich überlassen sein sollte, eine wirkliche Gattung pacti commissorii ausmache, ist nicht zu leugnen 18). Der Schuldner begiebt sich ja auf diesen Fall des Rechts der Wiedereinlösung —, der Gläubiger hingegen wird von der Verbindlichkeit, das Pfand wieder

abzutreten, oder ordentlich zu verkaufen, befreiet —. Der Umstand einer ausbedungenen Taxe ändert die Natur und das Wesen des Geschäftes gar nicht. Die Bestandtheile legis commissoriae sind da. Nun heißt es aber von dieser überhaupt: Placet, eam infirmari, & in posterum *omnem* eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret &c. Die Verordnung schränkt sich, wie wir oben bereits erinnert haben, auf keine einzelne Gattung des Verwirkungsvertrages besonders ein, sie verbietet ihn in seinem ganzen Umfange —. Lege non distinguente, nec nostrum est distinguere. Die Stelle, womit die Constitution beschließt, entscheidet die Sache ein für alle Male. Creditores re amissa iubemus recuperare, quod dederunt. Der Gläubiger darf sich also dem Anverlangen des Schuldners, wenn dieser gegen Bezahlung der Hauptschuld, samt Zinsen und Kosten, die Sache wieder zu sich nehmen will, durchaus nicht entgegen legen. Das ist evident. Man hält zwar dafür, daß der Grund des verbietenden Gesetzes hier wegfalle, weil der Gläubiger sich anerklärt, alles auf eine gehörige Taxe ankommen lassen zu wollen. Allein, wenn man 2) erwägt, wie vielem Verluste der Schuldner immer noch bei dergleichen Würderungen ausgesetzt bleibt, wie leicht er dabei durch

die

die Veränderlichkeit des Wehrts der Dinge, durch Vorurtheil, Irrthum, und Betrug der Taxanten beschädigt werden könne, wenn man betrachtet, daß bei der rechtmäßigsten Schätzung dennoch auf das persönliche Verhältniß des Gläubigers und des Schuldners, worin gerade ihnen die Sache vorzüglich nutzbar und vortheilhaft sein kann, keine Rücksicht genommen wird [19]), ja daß durch ordentlichen Verkauf die Sache oft um ein beträchtliches über die Taxe auszubringen ist, so wird man viel Bedenken finden, zu behaupten, daß der Grund des Gesetzes hier gänzlich, und zwar dergestalt wegfalle, um von dem allgemein verbietenden Gesetze einen solchen Fall, den der wörtliche Inhalt offenbar in sich schließt, mit Recht ausnehmen zu können. Die Billigkeit kommt hinzu, vermöge deren der Gläubiger zufrieden sein muß, wenn er seine Foderung an Kapital, Zinsen und Kosten erhält.

[18]) Das Gegentheil wird zwar von vielen, und besonders auch von Iac. GOTHOFRED ad cit. L. un. C. Theod. de commissor. rescind. (pag. 293. edit. *Ritteri*) behauptet. Allein es ist eine ganz willkührliche Einschränkung des Begriffs legis commissoriae, welche dieß rechtfertigen soll, da weder gesetzliche Bestimmung noch die Natur der Sache solche als nothwendig erfordert. Vielmehr ist das Wesentliche des Verwirkungsvertrages überhaupt,

und dessen Anwendung auf das Pfand, der gedachten Einschränkung ganz entgegen.

19) Man setze den Fall, welcher sich häufig zutragen kann. Es besitzt Jemand ein Hauß, welches durch die Lage und innere Einrichtung gerade seinem Gewerbe und Verkehr außerordentlich vortheilhaft ist. Lange schon hat der Brodneid seines Nachbaren eine Gelegenheit gewünscht, ihm diesen Vorzug entziehen zu können. Endlich scheint solche sich darzubieten. Der Besitzer des gedachten Hauses ersucht seinen Nachbar um ein Darlehn und bietet sein Haus zur Hypothek an. Hier wird nun die Sache so eingeleitet, daß der Schuldner sich verwillkühren muß, bei versäumter Zahlung das gedachte Hauß für einen sodann durch ordentliche Taxe zu bestimmenden Wehrt dem Gläubiger gänzlich abtreten zu wollen. Jener ist nicht vermögend, den Zahlungstermin genau zu beobachten, jedoch kurz nach Ablauf desselben erscheint er und bietet das Kapital mit den Zinsen dem Gläubiger an. Nein, sagt dieser, das Hauß werde taxirt, und du mußt es an mich abtreten. Gesetzt nun auch, die Schätzung geschehe nach der strengsten Unparteilichkeit, so wird doch immer auf der einen Seite der Schuldner ungemein dabei leiden, weil der Vortheil, den Er aus diesem Hause bei seinem Gewerbe und Verkehr erwarten kann, nicht mit in Anrechnung kommt, auf der andern Seite aber ist sie für den Gläubiger allemal lucrativ, weil er den Nutzen nicht vergüten darf, welchen er durch die Erreichung seiner gewinn-

winnsüchtigen Absichten erhält. Dieß ist genug, um den Grund des verbietenden Gesetzes auch in diesem Fall anwendlich zu finden.

§. 9.

Mit dem Verwirkungsvertrag an sich, sind auch alle übrigen Verabredungen billig als verboten und ungültig anzusehen, welche nur in fraudem legis dahin abzielen, einen rechtswidrigen Endzweck unter einer andern Wendung erreichbar zu machen. Leyser hat verschiedene derselben aufgezählt [20]). Der feinste Kunstgriff, welchen die Wucherer zur Vereitelung des Gesetzes anwenden, besteht darin, wenn das ganze Geschäfte so eingekleidet wird, daß es mehr für einen Kaufcontract mit ausbedungenem Wiederkause, als für eine Verpfändung anzusehen ist. Die Verabredung zwischen einem Käufer, und Verkäufer, daß dem letztern der Wiederkauf, jedoch nur auf eine gewisse Zeit freistehen solle, ist gültig [21]); und eben davon weiß die Chikane Gebrauch zu machen. Der Gläubiger, welcher im Grunde Geld auf Unterpfand leihet, erscheint unter der Larve eines Käufers, der Schuldner hingegen verpfändet seine Sachen nicht, sondern er verkauft sie, und zwar unter der Bedingung, daß er sich vorbehält, binnen gewisser Zeit die angeblich verhandel-

ten Sachen für eine gewisse Summe wieder zu kaufen, jedoch so, daß nach dem bestimmten Termin, der bedungene Wiederkauf nicht mehr Statt finden solle. Hier ist der Fall, von dem Leyser mit Recht urtheilt: Prudentia opus est iudici, ne decipiatur; licitumque credat, quod in fraudem legis fit [22]). Daß ein solcher Handel, sobald die darunter verborgen liegende gesetzwidrige Absicht erweißlich ist, in keine Wege bestehen könne, versteht sich von selbst, ist auch durch andere gesetzliche Vorschriften über alle Zweifel erhoben [23]); allein eben der Beweiß, daß wirklich unter dem Scheine eines Kaufs und Wiederkaufs ein verbotener Vertrag verborgen liege, ist nicht selten mit Schwierigkeiten verknüpft, weil man gewöhnlich nur zu Vermuthungen und Wahrscheinlichkeitsgründen seine Zuflucht nehmen muß. Es ist eine vergebliche Mühe, davon Regeln zu geben. Die Sache muß nach den Eigenheiten, und besondern Umständen der vorkommenden Fälle beurtheilt, und was daraus folgt, bestimmt werden. Vor allen Dingen hat der Richter hier zu prüfen, in wie fern die angebliche Kaufsumme mit dem wahren Wehrte der Sache in Verhältniß stehe, ob in Ansehung des Wiederkaufs die nämliche Summe, oder eine größere bestimmet sei? u. d. m. [24]). Scharfsinn, und hinlängliche Sachenkenntniß werden

den hiebei mehr Hülfe, als **Moscard**, und **Menochius** leisten.

20) LEYSER Spec. 158. M. 4. 5. imgleichen **Westphal vom Pfandrechte** pag. 381.

21) L. 2. 7. C. de pact. inter Emtor. & Vendit.

22) l. c. Med. 5.

23) Cap. 2. X. de E. V. R. Pol. Ordn. v. J. 1548. Tit. 17. §. 1. 7.

24) Leyser a. a. O. M. 5. 6.

§. 10.

Noch könnte gefragt werden, ob der Schuldner, nachdem er vermöge des Verwirkungsvertrages die Sache an den Gläubiger entweder aus Irrthum oder wissentlich abgetreten hätte, solche wieder zurückfordern, wenigstens auf den gesetzmäßigen Verkauf der Sache dringen könne? ferner ob dieser verbotene Vertrag durch den Eid verbindlich werde? In Ansehung beider Fragen beziehe ich mich aber auf diejenigen Grundsätze, welche darüber bereits anderswo vorgekommen sind [25]), und die es meiner Ueberzeugung nach deutlich ergeben, daß die erste Frage überhaupt, und die zweite wenigstens in Protestantischen Gerichten nicht anders, als für den Schuldner gegen die Absicht des Gläubigers zu entscheiden sei.

25) Syste-

25) Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung §. 77. 122. 123.

Bemerkte Druckfehler.

Seite 272. Zeile 5. statt: indebitae, lies: indebitas.
— — — 6. — debitac, lies: debitae.
— 321. — 17. — iodeb., — indeb.
— 328. — 22. 23. st. inre debiti, lies: indebiti.
— 338. — 19. st. $2\frac{1}{2}$. lies: $2\frac{1}{5}$.
— 368. — 2. st. nicht, lies: leicht.

Register
über die vornehmsten Materien.

Die Zahlen weisen auf die Seiten hin.

A

Actio de receptis, Gründe dieser Klage, 57. f.

Actio rationibus distrahendis, ob dieselbe noch auf gedoppelte Wiedererstattung angestellt werden könne? S. 16. fg.

Addicti, welche Schuldner also hießen? 228.

Adulterini, welche Kinder darunter zu verstehen sind? 62. in wie ferne sie zur mütterlichen Succession zu lassen? 62. fg.

Alexander, Kaiser, hat der Rechtspflege eine ganz vorzügliche Sorgfalt gewidmet, 95. 97.

Analogie, eine eingebildete zwischen Römischen und Deutschen Geschäfften kann leicht zur unschicklichen Anwendung Römischer Grundsätze verleiten, 62.

Anwendlichkeit des Röm. Rechts in Deutschland, s. Röm. Recht.

Arrest, ungerechter, auf fremdes Geld begründet die Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung, 247.

Ausdehnung der Gesetze, ist nicht zu mißbrauchen, 58. f.

Authentiken, haben kein legales Ansehen, 37. 38. was von dem gewöhnlichen Vortrag in Ansehung derselben zu halten sey? ebendas.

B

Beneficia, vnde sint aestimanda, 286. sqq.

Brautschatz, ob der Vater h. T. vollkommen verbunden sey, der Tochter denselben mitzugeben? 17. f.

Bürge, ist zwar zur Bezahlung des Capitals, nicht aber der nach geschehener Verlängerung der Zahlungsfrist aufgelaufenen Zinsen, gehalten, 218. f.

C

Canonisches Recht, ob es vor dem Römischen einen Vorzug habe, und woher? 74. ff.

Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio, richtiger Gebrauch und Mißbrauch dieser Regel, 53. ff.

Codex, Justinianeischer, was die Erklärung der darin enthaltenen Verordnungen schwierig macht? 200. 202.

Commissum, was es bedeute, 359 f.

Concubinat, Römische Gesetze davon können heutiges Tages nicht gelten, 53.

Condictio, ejus, quod ex negotio prohibito datum vel praestitum est, in regula locum non habet, 308. exceptiones ab hac regula, ibid.

Condictio, causa data, causa non secuta, aus welchem Grunde dieselbe noch heute zu Tage Statt finde? 41. 42.

Condictio indebiti, s. *indebiti condictio.*

Consens, stillschweigender, eigentliche Beschaffenheit desselben, 172. f.

Conventional-Pfandrecht, stillschweigendes, einige Fälle, in welchen dasselbe Statt findet, 103. ff. L. 5. Cod. de loc. cond. liefert dazu auch ein Beyspiel, 106. — 112.

ob und in wie fern dasselbe in Ansehung der Zinsen, Kosten und Conventionalstrafe Statt habe, 153. ff. 161. — 220.

s. Pfandrecht, Zinsen, Kosten, Conventionalstrafe.

Conventionalstrafe, aus welchem Grunde dieselbe bey Verlobungen heutiges Tages zulässig sey? 50.

ob und in wiefern das Pfandrecht sich auch auf dieselbe ohne ausdrückliche Verabredung erstrecke? 183.

wegen derselben steht dem besitzenden Pfandgläubiger auch das Retentionsrecht zu, 191. f.

Creditores, ex quo fundamento alienationem a debitore factam impugnare queant, 282.

D

Darlehn, ist seiner Natur nach ein contractus gratuitus, 242. 244.

in wie ferne Zinsen daraus gefodert werden können? 242. ff. (s. a. *mutuum.*)

Deutsches Privatrecht, gemeines, ist sehr mangelhaft, 6. fg.

E

Edictum D. Marci, leidet noch h. T. Anwendung, 55. f.

Ehebruch, s. *adulterini.*

Emancipation, stillschweigende, ob die Aufhebung der väterl. Gewalt durch Errichtung eines besondern Hauswesens als eine solche anzusehen sey? 60. f.

Euictio, Streit über die Wirkung des so genannten pacti de non praestanda euictione, 36. f.

Exceptio excussionis, Eintheilung derselben in realem und personalem, 119.

realis, findet Statt bey Verbindung einer allgemeinen und besondern Hypothek, 120. Grund derselben, 121.

findet auch in dem Falle Statt, wenn die allgemeine Hypothek selbst ex lege herrührt, 121. ff. Widerlegung Leysers, ebendas.

ob sie auch dem Schuldner selbst gestattet werden könne? 123. f. verschiedene Meynungen der Rechtsgelehrten hierüber, ebendas. Berichtigung des eigentlichen Streitpuncts, 126. f.

ob sie dem dritten Besitzer einer Specialhypothek zu Statten komme? 128.

kommt dem Schuldner in Ansehung der Specialhypothek nicht zu, wenn diese in den Händen eines Dritten ist, 126. f.

ob sie ihm zukomme, wenn die Specialhypothek nicht im Besitz eines Dritten sich befindet? 129. — 150. Westphals Gründe für die verneinende Meynung, 129. f. Beantwortung dieser Gründe, 131. — 139. Die Gründe für die bejahende Meynung sind überwiegend 140., und beruhen 1) in der natürlichen Billigkeit, 141. ff.; 2) in der wahren Absicht und Willensmeynung der Contrahenten, 144. ff.; 3) in klarer gesetzlicher Vorschrift, 148. ff.

Excussionis exceqtio, s. *exceptio excuss.*

F

Foenus, illicitum, qua ratione imputatio illius in sortem facienda sit, 330. seqq.; dissensus ICtorum, Leyseri et Kochii, circa eam, 331. sqq.; prior Leyseri modus defenditur, 336. sqq., et ab objectionibus Kochii liberatur, 339. sqq.

indebitum, qua ratione illud in sortem imputandum sit, 345. sq.; distinguendum est inter ereditorem bona, et mala fide, siue scienter, illud percipientem, ibid.

cf. *vsurae*, *vsurae indebitae*.

G

Gemeines Deutsches Privatrecht, s. Deutsches Privatrecht.

Gerichtsgebrauch, was von demselben zu halten? 65. — 71.

daraus ist keine beständige Rechtsnorm herzunehmen, 66. ff.

Gesetze, deren Ausdehnung ist nicht zu mißbrauchen, 58. f.

Gewohnheiten, stehen, wenn sie zu erweisen, der Anwendbarkeit des Röm. R. in Deutschl. entgegen, 65. f.

Glosse des Röm. R., dient die recipirten und nicht recipirten Gesetze unterscheiden zu können, 47. fg.

ehemaliges Ansehen derselben, 125.

H

Hypothek, ob und in wie fern dieselbe sich ohne ausdrückliche Verabredung auch auf Zinsen, Kosten, und Conventionalstrafe erstrecke? 153. fgg. (s. Pfandrecht.)

Hypothek, allgemeine (generelle), diese kann der Gläubiger dann erst in Anspruch nehmen, wenn die specielle zu seiner Befriedigung nicht hinreicht, 120.

besondere (specielle), diese muß der Gläubiger vor der allgemeinen (generellen) verfolgen, 120.

ob auch der Schuldner selbst dieses verlangen könne, 123. f., worauf mit Unterschied geantwortet wird, 126. — 150.

Grund dieser gesetzlichen Vorschrift, 121.

findet auch in dem Falle Statt, wenn die allgemeine Hypothek selbst ex lege herrührt, 121. ff. Widerlegung Leysers, ebendas.

ob der dritte Besitzer derselben darauf dringen könne, daß der Hauptschuldner erst ausgeklagt werden müße? 128.

s. a. *exceptio excussionis.*

daß dieselbe zu des Klägers Befriedigung untauglich sey, muß dieser beweisen, 141. 142. f.

Hypothekarische Klage, läßt ihrer Natur nach kein alternatives Gesuch zu, 204. f.

derselben kann von dem dritten Besitzer die Einrede der Vergütung der auf die Sache selbst verwandten nothwendigen und nützlichen Kosten entgegen gesetzt werden, 196. 197.

I

Indebitum, in materia condictionum id demum vocatur, quod neque naturali neque ciuili iure debetur, 296. 303.

scienter soluens in regula repetitione non gaudet, 305.; dantur tamen variae exceptiones ab hac regula, ibid. seqq.

ſcienter ſolutum quanam actione in casibus exceptis repeti poſſit, 311. ſqq.

cui onus illud probandi incumbat, 326. ſq.; probato indebito, error praeſumitur, 327.

conf. *uſurae indebitae.*

Indebiti condictio, ejus requiſita, 303. ſq.

locum non habet, ſi indebitum ſcienter ſolutum juſte repeti poſſit, 311.

vtrum etiam ob errorem in jure locum habeat, 327. ſq.

Ius, ejus diſtinctio in publicum et priuatum duplici ſenſu apud veteres occurrit, 309. ſq.

K

Käufer, in wiefern derſelbe verbunden iſt, das Kaufgeld zu verzinſen, 252. — 262.; dreyfacher Grund dieſer Verbindlichkeit, 253. fgg.

kann ſich von der Verbindlichkeit zur Zinſenzahlung dadurch befreyen, daß er das Kaufgeld, da er es etwa dem Verkäufer ſelbſt nicht zahlen kann oder darf, in gerichtliche Verwahrung bringt, 258. f. 261. f.

Kaufgeld, wovon deſſen Zahlungszeit abhängt, 254.

Koſten, die auf das Pfand verwandten ſind dreyfacher Art, 184.

ob und in wie fern das Pfand auch für dieſelben ohne ausdrückliche Verabredung mit hafte? 184. fgg. dabey ſind die nothwendigen Koſten von den nützlichen zu unterſcheiden, 186. f. 188. ff.

ſ. a. Proceßkoſten.

wegen der nothwendigen und nützlichen ſtehet dem beſitzenden Pfandgläubiger auch das Retentionsrecht zu, 185. 191. f.

L

Lehnrecht, Longobardisches, geht in Lehnsachen dem Röm. Rechte vor, 73.

Leo, Kaiser, was von dem vorgegebenen heutigen Gebrauch verschiedener Novellen desselben zu halten sey, 49. ff.

Lex commissoria, ist dem Naturrechte an sich nicht zuwider, 353. fg.

ist durch bürgerliche Gesetze bey Verpfändungen verboten, ebendas.

Begriff dieses Vertrages, a) überhaupt, 357. ff., b) als Nebenvertrag bey Verpfändungen betrachtet, 360. fg.

verschiedene Arten derselben, 355. fg.

ist bey verpfändeten Sachen allgemein, und ohne alle Einschränkung, nach allen ihren Formen und Arten, untersaget, 361. — 373.

Vorschriften der Gesetze hierüber, 363. fg.

auch die in fraudem dieses Verbots unter einer andern Wendung gemachten Verabredungen sind ungültig, 373. fgg.

ob der Eyd diesen Vertrag gültig machen könne, 375.

Lex 26. pr. §. 1. et 2. D. de condict. indeb. s. *usurae indebitae.*

LL. 52. 65. §. 2. et 32. §. 2. D. de cond. indeb., explicatio harum legum, 289. sqq.

Lex 8. §. 5. D. de pignorat. act., Erklärung dieser Gesetzstelle, 167. f.

L. 11. §. 3. D. de pignorat. act., was von Cujazens Leseart dieser Gesetzstelle zu halten sey, 156. Erklärung derselben, 169. ff.

L. 13. §. vlt. D. de pignorib., Erklärung dieses Gesetzes, 182.

L. 4. Cod. de vsuris, Betrachtungen über dieses Gesetz, wobey Brunnemann, Donell und Westphal widerlegt werden, 156—161.

Coniectur über diese L., 200. ff.

Lex 5. Cod. de locato conducto, Inhalt dieses Gesetzes, 88.

verschiedene Meynungen der Ausleger über den Sinn desselben, und deren Widerlegung, 88.—102.

richtigere Erklärung desselben, 102. 106. — 112.

was zur Anwendung desselben eigentlich erfodert werde, und in welchen Fällen sie nicht Statt finde, 113. f. 116.

s. a. **Verpachter eines** *praed. rust.*

Lex 9. Cod. de distr. pign., Erklärung dieses Gesetzes, 136. ff. 148. ff.

Longobardisches Lehnrecht, s. **Lehnrecht.**

M

Malefici, wer eigentlich darunter zu verstehen sey? 19.

Meynungen, der Juristen, was davon zu halten sey? 69. fgg.

Militia, wie es mit dem priuilegio pecuniae in militiam creditae nach Röm. Rechte eigentlich bewandt sey, u. ob es noch anwendlich werden könne? 20. f.

Minderjähriger, kann die Zinsen der ihm vermachten Geldsumme gleich von der Zeit des Todes des Testirers angerechnet fodern, 239.

Mora in soluendo, wann dieselbe vorhanden ist? 247. 250. 253. 254.

begründet die Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung, 247.

Mutter, ob auch dieselbe heutiges Tages pupillariter substituiren könne? 58. f.

Mutuum, num ex isto vsurae naturaliter debeantur, 284.

gratis alteri concessum est beneficium haud infimum, 285. sq.

N

Naturrecht, dessen Studium ist einem jeden Juristen nothwendig und unentbehrlich, und warum? 43. f.

dessen Vorschriften, die im Röm. R. vorkommen, sind von den eigentlichen Positiv-Verordnungen gehörig zu unterscheiden in Bestimmung des heutigen Gebrauchs des Röm. Rechts, 40. fgg.

Grenzen desselben mit den positiven Verordnungen, 43. 44.

Nexi, welche Schuldner also genennet wurden? 228.

Noodt, mutua eius et Schultingii veneratio, 300.

Novellen, des Kaisers Leo, was von dem vorgegebenen heutigen Gebrauch verschiedener derselben zu halten sey? 49. ff.

O

Obligatio, plane nulla adest secundum ipsas naturae leges in pactis et conuentionibus a legislatore prohibitis, 269.

quando tam naturalis quam ciuilis usuras solvendi cesset, 267. sq.

naturalis imperfecta sola repetitionem indebite soluti regulariter non impedit, 288. 289. sqq.

P

Pactum de non praestanda euictione, Streit über dessen Wirkung, 36. f.

Pandectae, Florentina earum editio quatenus reliquis praeferenda sit, 275. sq. 278.

Patrimonialgerichtsbarkeit, in wie fern das Röm. Recht darauf anzuwenden sey? 64.

Pfand, ob und in wie fern dasselbe für die darauf verwandten Kosten ohne ausdrückliche Verabredung mit hafte? 184. fgg.; dabey sind die nothwendigen und nützlichen Kosten von einander zu unterscheiden, 186. f. 188. fgg. (s. a. Proceßkosten.)

das handhabende muß nach gemeinem Rechte bey entstandenem Concurs an die Masse geliefert werden, 195. 196.

in Ansehung desselben ist lex commissoria ohne alle Einschränkung untersagt, 361. fgg.

ob der Schuldner dasselbe gegen Bezahlung der Pfandschuld zurückfordern, oder wenigstens auf den gesetzmäßigen Verkauf desselben dringen könne, wenn er es dem Gläubiger vermöge legis commissoriae bereits abgetreten hat, 375. f.

s. a. *Lex commissoria.*

Pfandgläubiger, darf, wenn er das jus offerendi ausüben will, seinem Vorgänger nicht auch dessen persönliche Foderung anbieten, 198.

kann die nach geschehener Verlängerung des Zahlungstermins erwachsenen Zinsen aus der Hypothek nicht verlangen, wenn diese zur Zeit der geschehenen Verlängerung nicht mehr des Schuldners Eigenthum war, 212. fgg.

Pfandrecht, ein gesetzliches steht dem Vermiether eines praedii vrbani an den eingebrachten Sachen des Miethsmannes zu, 81.

ein gesetzliches steht dem Verpachter eines praedii rustici an den Früchten zu, ebend. (s. a. Verpachter.)

kann auch durch stillschweigende Einwilligung errichtet werden, 102. 103. (s. a. *pignus tacitum.*)

ob und in wie fern dasselbe sich ohne ausdrückliche Verabredung auch auf Zinsen, Kosten, und Conventionalstrafe erstrecke? 153. ff. 161. fgg. 183. ff. Gesetze, worauf es hiebey ankommt, und allgemeine Bemerkungen darüber, 153. ff. 165. f. verschiedene Meynungen der Rechtsgelehrten über diese Frage, 161. fgg. 167. ff. sie ist, nach Verschiedenheit der dabey eintretenden Verhältnisse zu entscheiden, 162. 166. 171. — 220. Verschiedenheit der Fälle, 191. fgg. Erster Fall: wenn der Gläubiger das Pfand besitzt, und bloß mit dem Schuldner zu thun hat, 191. ff. Zweyter Fall: wenn der besitzende Creditor mit einem ihm vorgehenden Gläubiger zu thun hat, 195. f. Dritter Fall: wenn der besitzende Gläubiger mit einem ihm nachstehenden Creditor in Streit geräth, 197 fgg. Vierter Fall: wenn der nicht besitzende Gläubiger gegen den Schuldner selbst klagt, 202. ff. Fünfter Fall: wenn er gegen einen dritten Besitzer klagt, 205. fgg. Sechster Fall, wenn über des Schuldners Vermögen ein Concurs entsteht, 219. f.

fällt in Ansehung der Zinsen nicht weg, wenn die Sache immittelst, ehe der Verpfänder die Zinsen in der That schuldig ward, an einen andern veräußert worden, 208. ff.

geht

geht in Ansehung des Hauptstuhls darum nicht verloren, weil der Zahlungstermin weiter hinaus gerückt wird, 217.

conventional- s. **Conventional-Pfandrecht.**

gerichtliches, geht auch auf die Accessorien der Rechte des Gläubigers, 162. 163.

gesetzliches, sichert auch die Accessorien der Rechte des Gläubigers, 162.

Pignus tacitum, verschiedene Bedeutungen dieses Ausdrucks, 105.

Pönalklagen, ob die Römischen ad duplum, quadruplum, etc. auch noch in unsern Gerichten anwendbar seyn? 67. ff.

Praedium rusticum, Unterschied desselben vom praedio vrbano, 82., die sonst gewöhnliche Erklärung dieses Unterschiedes ist falsch, 83. worauf es bey richtiger Bestimmung desselben ankomme? 84. ff.

vrbanum, s. *rusticum*.

Priuilegium pecuniae in militiam creditae, wie es damit nach Röm. R. eigentlich bewandt sey, und ob es noch anwendlich werden könne? 20. f.

Proceßkosten, ob und in wie fern das Pfandrecht sich auch auf dieselben ohne ausdrückliche Verabredung mit erstrecke? 184.

worin der Schuldner verurtheilet worden, sind im Concurse mit dem Kapital an einer Stelle zu setzen, 220.

Pupillariter **substituiren**, ob auch die Mutter h. T. solches könne? 58. f.

R

de Receptis, *actio*, Gründe dieser Klage, 57. fg.

Recht, dasselbe darf Niemand im Staat mit Gewalt durchsetzen, ohne den Richter anzutreten, bey Verlust desselben, 55. f.; worin der eigentliche Grund dieser noch geltenden Verordnung bestehe? ebendas.

Recht, canonisches, s. Canon. Recht.

Recht, natürliches, s. Naturrecht.

Römisches, s. Röm. Recht.

Rechtsgelehrten, was von dem Ansehen und den Meynungen derselben zu halten sey? 69. ff.

Retentionsrecht, stehet dem Gläubiger wegen der auf das Pfand verwandten nothwendigen und nützlichen Kosten zu, 185.

dasselbe steht dem besitzenden Pfandgläubiger auch wegen Zinsen, Strafe, und Kosten zu, 191. f.

Richter, ohne denselben darf Niemand im Staate sein Recht mit Gewalt durchsetzen, bey Verlust desselben, 55. ff. eigentlicher Grund dieser noch geltenden Verordnung, ebendas.

darf die Billigkeit beobachten, aber nicht zum Nachtheil der Gesetze, und erworbener Rechte anderer, 142. 143.

Römisches Recht, übertriebene Anhänglichkeit daran, und zu große Abneigung dagegen, sind beydes Mißbräuche von üblen Folgen, 4.

ob es besser sey, dasselbe ganz abzuschaffen? 5. fg.

Vollkommenheiten desselben, 7. fg.

demselben ist durch ausdrückliche Reichsgesetze ein legales Ansehen verliehen worden, 12.

in

in Ansehung der Anwendung einzelner Gesetze desselben, unterhalten die Juristen oft ganz verschiedene Meynungen, und mancherley Irrthümer, 12. Ursachen solcher Irrthümer, 13. — 23.

worauf man bey Bestimmung der Frage von der Anwendlichkeit des Röm. R in Deutschland vorzüglich zu sehen habe? 23. 24.

Schotts Theorie vom heutigen Gebrauch des Röm. R., 25.

Grundregeln zur Bestimmung des heutigen Gebrauchs des R. R., 26. — 76.

Erste Regel, 26. — 38.

Zweyte Regel, 39. — 44.

Dritte Regel, 45. — 51.

Vierte Regel, betreffend die recipirten Theile des Röm. Rechts, 51. — 59.

Fünfte Regel, 59. — 64.

Sechste Regel, 64. — 76.

ist aus einem zwiefachen Gesichtspunkte zu betrachten, 29.

an die darin häufig vorkommenden dogmatischen Sätze sind wir gar nicht gebunden, 29. fgg.

doch muß man dieselben, wenn sie sonst richtig sind, mit ihren wesentlichen Folgen als wahr und gegründet anerkennen, 33. f.

darin, besonders in den Pandekten, hat man darauf zu sehen, daß die verba relativa mit den dispositiuis nicht vermenget werden, 35. ff.

die darin vorkommenden Authentiken haben kein legales Ansehen, 37. 38. (s. a. Authentiken.)

was daſſelbe aus dem natürlichen Rechte enthält, iſt von den eigentlichen Poſitiv-Geſetzen gehörig zu unterſcheiden, wenn von der Anwendlichkeit des Röm. Rechts die Frage iſt, 40. fgg.

was zu demſelben gehöre? 45.

verbindet uns nur, in ſo ferne es bey uns recipirt iſt, 45. 47.

welche Theile deſſelben nie in Deutſchland als Geſetze aufgenommen worden ſind? 45. fg.

auch die nicht recipirten Theile deſſelben ſind zur Erklärung ein unentbehrliches Hülfsmittel, 51.

Grund und Nutzen der Regel: quicquid gloſſa non agnoſcit, etc., 47. fg.

diejenigen Verordnungen deſſelben, welche ſich auf bloß Römiſche in Deutſchland ganz unbekannte Sitten und Verfaſſungen beziehen, leiden eigentlich bey uns keine Anwendung, 51. ff.

Mißbrauch dieſes Satzes iſt zu vermeiden, 52. ff.

deſſen heutige Anwendung fällt weg, a) wenn das Object des Geſetzes gar nicht mehr exiſtirt, oder b) nicht mehr in der Maße, als das Geſetz es nothwendig vorausſetzt, und c) wenn der weſentliche Grund des Röm. Geſetzes ganz wegfällt, 53. ff.

richtiger Gebrauch und Mißbrauch der Regel: ceſſante ratione legis, ceſſat ejus diſpoſitio, ebendaſ.

daſſelbe läßt ſich nicht anwenden auf ſolche Gegenſtände und Geſchäffte, welche bloß aus Deutſchen Sitten u. Verfaſſungen ihren Urſprung haben, 59—64. Nöthige Vorſicht hiebey, ebendaſ.

muß den einheimiſchen Rechten nachſtehen, 65. f.

ob

ob der bloße non usus einer Römischen Vorschrift die nicht geschehene Aufnahme derselben erweisen könne, 68.

erweißliche Gewohnheiten stehen der Anwendbarkeit desselben entgegen, 65. f.

ob auch ein entgegenstehender Gerichtsgebrauch? 65. fgg.

in wie fern die Statuten demselben vorgehen? 71. ff.

in wie fern es auch in Rechtssachen, welche Lehne betreffen, zur Anwendung kommt? 73. f.

ob das Canonische Recht demselben vorgehe? 74 ff.

S

Schuldner, ob er die dem Gläubiger vermöge legis commissoriae bereits abgetretene Sache gegen Bezahlung der Pfandschuld zurückfordern, oder wenigstens auf den gesetzmäßigen Verkauf des Pfandes dringen könne, 375. f.

Schulting, mutua eius et Noodtii veneratio, 300.

Scientia, wird in den Gesetzen bisweilen pro voluntate genommen, 91.

Selbsthülfe, ist im Staate nicht erlaubt, 55. f.

Seruitus realis, ob sie heutiges Tages in faciendo bestehen könne? 33. f.

Statuten, in wie fern sie den gemeinen Rechten und Provinzialgesetzen vorgehen? 71. ff.

Subſtitut, ob er zur Erbschaft gelange, wenn der eingesetzte und minderjährige Erbe solche angetreten, sich aber nachher dagegen in den vorigen Stand hat wieder einsetzen lassen, 35. f.

U

Ulpianus, ejus fata, scripta, et laus, 321.

Usurae, quando tam naturalis quam ciuilis obligatio eas soluendi cessat, 267. sq.

iis leges ciuiles varia ratione resistunt, 268.

quantitas earum legitima, quae sit ordinaria, ibid.; quae extraordinaria, ibid.

num ex ipso mutuo naturaliter debeantur, 284.

semisses iure Romano regulariter haud prohibitae fuerunt, 346.

s. a. Zinsen.

Usurae indebitae, definitio earum, 267.

communis doctorum opinio circa eas, 270. sq.

dispositio legis 26. pr. §. 1. et 2. D. de condict. indeb. circa eas, 272. obseruationes circa genuinam huius legis lectionem, 273. sqq. variae doctorum sententiae circa rationem et mentem hujus legis, 279.

279. ſqq. quid de iis tenendum ſit, ibid. et 284. ſqq. vtrum haec lex de vſuris pacto nudo promiſſis intelligi poſſit, 295. ſqq. quid de coniectura Noodtii et Schultingii circa hanc legem ſentiendum ſit, 299. ſeqq.; quisnam ſit verus huius legis ſenſus, 316., qui probatur a) ope inſcriptionis, 317. ſqq., b) per juris analogiam, 321. ſqq., c) ex ipſo legis tenore, 323. ſqq.

quibus caſibus repeti poſſint, aut in ſortem imputandae ſint, 326. ſeq.; ratio imputationis earum in ſortem, ſi ſint immodicae, 330. ſqq., ſi ſint licitae, vbi Leyſerus refutatur, 342. ſqq., diſtinguendum tunc eſt inter creditorem, bona, ſ. ignoranter, et mala fide, ſ. ſcienter, eas percipientem, 345. ſq.

cui onus probandi intuitu earum incumbat, ibid.

cf. *foenus illicitum*, *foenus indebitum*.

V

Väterliche Gewalt, ob die Aufhebung derſelben durch Errichtung eines beſondern Hausweſens ſchon bey den Römern gebräuchlich geweſen ſey? 60.; und ob ſie als eine ſtillſchweigende Emancipation anzuſehen? 60. f.

Vater, ob derſelbe h. T. vollkommen verbunden ſey, der Tochter einen Brautſchatz mitzugeben? 17. f.

Verba relatiua, der Geſetze, ſind mit den dispoſitiuis nicht zu vermengen, 35. ff.

Vermiether eines *praedii vrbani*, demselben stehet ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Miethsmannes zu, 81.

Verpachter eines *praedii rustici*, demselben stehet an den Früchten ein gesetzliches Pfandrecht zu, 81.

aber nicht an den inuectis et illatis des Pachters, 81. 88. in wiefern L. 5. C. de locato conducto hiebey eine Ausnahme und Einschränkung gebe? 88. 106. ff. 110. 111. 113. f. 116. verschiedene Meynungen der Ausleger über den Sinn dieses Gesetzes, und deren Widerlegung, 88. — 102. richtigere Erklärung desselben, 102. 106. — 112.

s. a. *Lex 5. Cod. de locato cond.*

Verträge, die bloßen, sind bey uns vollkommen verbindlich, und warum? 15.

können eine Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung begründen, 242. ff.

Verwirkungsvertrag, s. *lex commissoria.*

Verzögerung, ungebührliche, des Abtrags der Hauptschuld, s. *Mora in soluendo.*

Z

Zahlungszeit, des Kaufgeldes, wovon dieselbe abhängt, 254.

Zinsen, aus welchem Grunde dieselben nach und nach vltra alterum tantum gezahlt werden können, obgleich die Novelle 121. C. 1. 2. das Gegentheil enthält? 48. f.

ob und in wie fern das für den Hauptstuhl verschriebene Pfandrecht sich auch auf dieselben erstrecke, 153. ff. 161. ff. 174. fgg. von Verzugs- und andern gesetzlichen Zinsen, ebendas. von versprochenen Zinsen, und zwar 1) bereits bey Errichtung des Pfandrechts, 177. fg. 2) erst nach geschehener Verpfändung, 179. fgg.

auch derselben wegen steht dem besitzenden Pfandgläubiger das Retentionsrecht zu, 191. f.

in Ansehung derselben fällt die Hypothek nicht weg, wenn sie immittelst, ehe der Verpfänder die Zinsen in der That schuldig ward, an einen andern veräußert worden, 208. ff.

welche nach geschehener Verlängerung des Zahlungstermins erwachsen sind, kann der Pfandgläubiger aus der Hypothek nicht fordern, wenn diese zur Zeit der geschehenen Verlängerung dem Schuldner nicht mehr eigenthümlich zugehörte, 212. fgg.

genießen im Concurs nach gemeinen Rechten eben den Vorzug, welchen das Capital hat, 219.

sind in den Gesetzen gewissermaßen verhaßt, 225. ff.
wahrscheinlicher Grund dieses Hasses, 227. f.

rechtliche Gründe der Zinsenforderung in vorkommenden Fällen, und deren nähere Bestimmung, 231. fgg. 237. fgg.

zu denselben ist nach gemeinen Rechten ein Jeder, zu dessen Besten ein anderer sein Geld verwandte, unmittelbar verbunden, 237. fg.

einer vermachten Geldsumme gebühren dem Minderjährigen gleich von der Zeit des Todes des Testirers angerechnet, 239.

mittelbare Verbindlichkeit dazu, 242.: a) aus Verträgen, 242. fgg.; b) aus einseitigen erlaubten Handlungen, 245. f.; c) aus einseitigen unerlaubten Handlungen, 247. ff.

in wie ferne der Käufer verbunden sey, das Kaufgeld zu verzinsen? 252. — 262.

zu 12 Procent sind eine gerechte Strafe des unbefugten Gebrauchs fremder Gelder, welcher auch die Deutsch. Reichsgesetze nicht entgegen sind, 248. fg.

von der Verbindlichkeit zur Bezahlung derselben kann sich der Käufer dadurch entfreyen, daß er das Kaufgeld, wenn er es etwa dem Verkäufer selbst nicht einhändigen

kann

kann oder darf, in gerichtliche Verwahrung bringt, 258. f. 261. f.

f. a. *Usurae*, *Foenus*.

Zurückbehaltungsrecht, f. Retentionsrecht.

Zwangmühlen, ob man sie zu den Servituten zählen könne? 33. 34.

Bayerische Staatsbibliothek München

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

In der Verlagshandlung Dieses, sind seit einigen Jahren folgende Bücher erschienen, und in allen Buchhandlungen für beygesetzte Preise zu haben.

Behrens, E. C. A. Mecklenburgische Landbaukunst, mit 35 Kupfertafeln, gr. 4. 1796. 3 rthlr. 12 gr.

Bildungsschule für das weibliche Geschlecht 2 Bände, mit Kupfern, 8. 799. 4 rthlr.

Crohns, Joh. H. gründliches und selbstlehrendes Rechenbuch der Handlung und Haushaltung, 11te verbesserte und vermehrte Auflage, 8. 1800. 10 gr.

Erbcontrakte (über die) der Prediger, 2 Theile, 8. 797. 798. 1 rthlr. 4 gr.

Erzähler, der, in einer Sammlung der interessantesten Geschichten und Anekdoten, eine Quartalschrift, 1sten Jahrgangs 1stes Vierteljahr, 8. 1801. broch. 8 gr.

Ferbers (Legationsrath von) Grundzüge zur Werthschätzung der Landgüter in Mecklenburg, gr. 8. 796. 1 rthlr.

Derselbe, Ueber landwirthschaftliche Contrakte und deren Cautelen, besonders in ökonomischer Rücksicht und näherer Beziehung auf Mecklenburg, 1ster Theil, von den Kaufcontracten, gr. 8. 1801. 18 gr.

Der zweite Theil, welcher die Pacht- und Pfandcontrakte enthält, erscheint zu Michaelis dieses Jahrs.

Henne-

Hennemann (Postdirector) Ueber die bevorzugte Hypothek des Fiscus, in den nach dem Contrakte erworbenen Gütern des Schuldners, nach der L. 28. D. de iure fisci, gr. 8. 1801. 4 gr.

Kamptz (C. C. A. H. von) Beiträge zum mecklenburgischen Staats- und Privatrecht, 2 Bände, 8. 795. 96. 1 rthlr. 10 gr.

Mecklenburg, in Hinsicht auf Kultur, Kunst und Geschmack von J. C. Wundemann, Prediger zu Wahlkendorf, 1ster Theil, 8. 1800. 1 rthlr. 8 gr. — Der zweite Theil erscheint noch in diesem Jahre.

Toze, Eob. Einleitung in die allgemeine und besondere europäische Staatskunde, vierte Auflage, neu bearbeitet von Val. Aug. Heinze, Professor in Kiel, 2 Bände, gr 8. 791. und 799. 2 rthlr. 20 gr.

Weber (Dr. Ad. Dietr.) systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, dritte durchgesehene und verbesserte Ausgabe, gr. 8. 1800. 1 rthlr. 16 gr.

Derselbe, Ueber Injurien und Schmähschriften 3 Theile, gr. 8. 797. — 1800. 2 rthlr. 2 gr.

Derselbe, Ueber die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation, vierte Auflage, 8. 798. 8 gr.

Dessen, Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, 2te verbesserte Ausgabe, 1stes Stück, gr. 8. 795. 5 gr.

Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung

Schwerin u.a. 1801
Jur.opp. 68 h
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571456-1